

D I S A M I N A

DI UN

RAGIONAMENTO

„ Contro alla pretesa legittimazio-
„ ne di figliuoli nati da donna
„ libera con uomo legato in ma-
„ trimonio rato e non consuma-
„ to, per lo susseguente matri-
„ monio de' loro genitori. „

Ονοματι μεμπτον το νοθον, η φυσις δε ιση.
Turpe nothi nomen, natura est attamen una.
Euripid. in Antigones fragm.





La presente memoria si dee considerare, come appendice di altra di scrittore del più alto ordine, nella qual si contengono tutti i fondamenti della difesa della prole naturale. È però pregato chiunque degnerà di legger questa, di avere l' occhio principalmente a quella. Il suo titolo è:

Della legittimazione, per matrimonio susseguente, di figliuoli di donna sciolta, e di uomo, che avea moglie, ma non conosciuta, e che per pontificia dispensa fu di poi anch' egli sciolto.

I §§, che quì si citano, sono della prima memoria, a riserba di quei, che portano la indicazione di questa seconda; le pagine sono del Ragionamento, *che impugna la prima.*

INDICE.

[II]

Imperfezione del matrimonio soltanto rato. Influenza di tale imperfezione nella quistione.

[III]

Le dispense risolutive de' matrimonj rati si debbon presumere fondate sopra motivi di nullità del vincolo; spezialmente allorchè interessano figliuoli nati fuor di quei matrimonj.

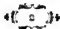
[IV]

Appendice di tutta la causa. Filiazione malamente e inutilmente rivocata in dubbio. Incompetenza della chiesta dilazione Carboniana. *Niun diritto ha la prole legittima a contrastar la legittimazione della naturale.*

Al §. CXX, *pag.* 163, *manca la citazione d'una legge di* Ulpiano, *ch' è la* I, §. 10, D. De Carboniano edicto.

§. I. Triplice controversia.

IL matrimonio susseguente legittima o no, secondo gli odierni costumi, la prole nata di donna sciolta e di uom conjugato? Qualora il primo matrimonio dell'uomo al tempo della nata prole, sia un insuperabile ostacolo a legittimarla, si potrà dire lo stesso d'un matrimonio soltanto rato e non mai consumato? Che conto finalmente si dovrà tenere di cotesto matrimonio, che oltre la imperfezione, di cui pativa, fu sciolto e cancellato per pontificia dispensa, e che ha tutti i caratteri del nullo? Questi tre punti, ciascun de' quali basta per se medesimo a sostener la legittimazione, furon discussi in una memoria già pubblicata da un uomo maggiore di tutte le nostre lodi, a pro di figliuoli di donna sciolta, e di uomo, che conjugato soltanto di nome, non avea mai consumato il primo matrimonio, e di poi n'era stato anche sciolto per apostolica autorità. I medesimi sono stati ritrattati in un *Ra-*



gionamento contrario, testè uscito alla luce, che noi prendiamo a disaminare, salvo tutto il rispetto, di cui ci protestiamo verso il suo riguardevole autore.

{ I }

Retrotrazione inutile per diritto canonico e civile. Fine unico della legittimazione antica. Diversità fra l' antica e la moderna, dalla esclusa retrotrazione infuori. Come e perchè la moderna dipenda dal dir. can. Favor della prole, uno de' suoi fini primarj. Legittimazione degli adulterini per rescritto. Interpretazione letterale e storica del capo, Tanta vis. *Autorità, che la sostengono, da non potersi rifiutare.*

II. Principal fondamento contrario, necessità della retrotrazione.

Nella prima parte della precedente memoria fu assunto, che la legittimazione *per subsequens* del diritto civile, fondata nella licitezza o nella tolleranza dell' antico concubinato, e ristretta a' soli figliuoli *naturali*, cadde con quella consuetudine, e subito che nascendo comunque l'uomo, purchè fuori di matrimonio, nacque a dispetto delle leggi. Fu assunto, che se oggidì abbiamo una le-

legittimazione *per subsequens*, ella dipende dal diritto canonico, dal quale ha ricevuto altro spirito ed altre regole; onde si stende sopra tutt i figliuoli, i cui genitori purghino con nozze legittime i loro illegittimi congiungimenti (1). Nel *Ragionamento* contrario si è creduto di dimostrare *erroneo il pensare, che la disciplina canonica abbia creata una novella legittimazione ne' figliuoli, con idea più generale detti naturali, e non più tosto abbia seguito il sistema dell' antico diritto civile* (2). Si è creduto di poter da ciò inferire, che il *principio regolatore della legittimazione*, come ivi è chiamata la *retrotrazione* delle nozze, non sia mai stato *variato* (3); e che non possa per conseguente legittimarsi prole, i cui genitori non potevano essere sposi insieme al tempo, che la procrearono; richiedendo la retrotrazione la possibilità dell' atto nel tempo, a cui quello si voglia ritrarre. Nella difesa della legittimazione era stato accennato quanto parve allora bastevole ad escludere la pretesa retrotrazione. Ma se ora sviluppando al-

A 2 quan-

(1) §. VI-XVII.
(2) Pag. 28.
(3) Pag. 29.

quanto più quei principj, dimostreremo, che neppure il diritto civile operi per quel mezzo la legittimazione, vedremo tosto cadere il grande asilo del nostro avversario; e servirà più all'onor del vero, che al bisogno della causa, l'accennare per quanti altri lati poteva crollare il suo edifizio.

§. III.
Soluzione di tal quistione donde dipenda.

Concedon tutti, che ad indurre la retrotrazione, la quale è una pura finzion legale, faccia mestieri o la espressa dichiarazione della legge, o la necessità di ricorrervi, per ispiegare ciò, che sarebbe inesplicabile per altra via. Nella materia della legittimazione, la fa discendere chi la sostiene, dal secondo capo (1). Ma dove si troverà più la pretesa necessità, se mostreremo varj casi di legittimazione *per subsequens*, ne' quali è per legge impossibile la retrotrazion delle nozze; e altri, ne' quali, malgrado della sua possibilità, la legittimazione è disdetta?

§. IV.
Casi, ne' quali il diritto civile opera la legittimazione, essendo la retrotrazione impossibile.

Si legittimavano i figliuoli del contubernio servile, dichiarati *naturali* dalle leggi, colle seguenti noz-

(1) Pag. 15 in fin. e 16.

nozze, che contraessero i genitori, dopo affrancati da' lor padroni (*). Si legittimava la prole, che il padrone avesse avuta dalla propria ancella, tosto che quegli manomettesse e sposasse la madre (1). Or la condizione servile della donna in questo caso, e dell' uomo e della donna nell'altro, era un ostacolo alle giuste nozze, interdette a' servi; e quindi alla lor finzione nel tempo del contubernio. Ma ecco, come ci si scioglie la difficoltà. *Si retrotraevano* (si dice) *al tempo della nascita de' figliuoli non pure le nozze de' loro genitori, ma anche la libertà* (2). Senza curar di vedere, come sia fondato, e se ricevuto da alcuno l' eurema della *doppia retrotrazione* (**), noi lo accettiam di buon grado. E sempre che lo avversa-

(*) *Creditur appellatione filiorum & naturales liberos in servitute susceptos contineri L.* LXXXVIII, §. 12, *De leg.* II.

(1) *Nov.* LXXVIII, *cap.* III & IV.

(2) Pag. 10, nota 1.

(**) La retrotrazione è una finzione. Ora è sentimento della *Chiosa*, alla *L.* I, C. *De dotis promissione*, che non possano concorrere insieme due finzioni. Altri insegnan lo stesso.

sario pretenderà il trasferimento ideale delle nozze al nascere della prole, por confessarla legittimata; noi col favore della doppia retrotrazione, vi trasferiremo colle nozze anche la libertà sopravvenuta all' uom conjugato. La retrotrazione sarà allora per noi l' asta di Achille, che ferisce e risana; sarà un veleno, che serve a se stesso di antidoto. A' recati casi si può aggiugner quello del concubinato della giudea col cristiano, il quale trasformandosi in matrimonio dopo la conversione della donna, legittimava e legittima i figliuoli innanzi nati (1); non ostante che prima per diritto civile (2), ed ora anche per canonico, fossero e sieno vietate le nozze tra loro, durante la diversità de' culti.

§. V.

Casi, ne' quali il diritto civ. non legittima, non ostante la possibilità della retrotrazione.

Abbiam veduto de'casi, dove si opera la legittimazione, senza che vi possa aver luogo la semplice retrotrazione, la sola, che ci potrebbe esser contraria. Eccone, dove la legittimazione non si opera, non ostante la possibilità della retrotrazione. I figliuoli del postribolo, tuttochè po-

(1) Pag. 32.

(2) *L. VI, C. De Judaeis.*

potessero additare con certezza il padre, i figliuoli dello stupro, commesso con donzella o con vedova onesta, non si legittimavano, secondo il diritto civile, per lo matrimonio, che seguisse fra i genitori; benchè nulla impediva le nozze, se fosse loro piaciuto contrarle, al tempo de' loro primi amori (*). Perchè dunque il segreto della retrotrazione perdeva in questi casi la sua virtù?

§. VI. Insufficiente risposta per rispetto a' figli dello stupro.

L' autore del *Ragionamento* tenta di toglierci la curiosità per rispetto al solo ultimo caso. *Imperciocchè* (egli dice) *lo stupro per se stesso costituiva un ostacolo alle nozze nel tempo del congiungimento. La legge, avendo desiderato, che tra' genitori avesser potuto stare le nozze nel tempo della unione, non si era ristretta alla sola idoneità delle persone; aveva voluto anche quella dell'atto* (1). Io per me non comprendo, qual possa esser l'osta-

(*) La pubblica prostituta non poteva essere impalmata da un ingenuo, ma sibbene da un libertino. ULPIAN. *Fragm. Tit.* XIII, §. 2. Ved. il POTHIER, *Pand. Justin. De ritu nuptiarum*. P. II, *sect.* III, *art.* V,

(1) Pag. 18.

stacolo proveniente dall'atto, quando di quell'atto non abbia fatto la legge un impedimento alle nozze. Il che certo non è dello stupro, poichè non era egli d' impedimento alle nozze future. Anzi non so, se si truovi esempio, dove l' impedimento sia tolto dall' atto, poichè tutti generalmente son tolti dalla condizione e dallo stato delle persone. Era d'impedimento lo adulterio, perchè egli cadeva in una maritata; il meretricio, per la turpe profession della donna, che la faceva indegna d' uno sposo ingenuo, non però di un libertino; il giudaismo, per la diversità della religione, la quale è della persona. La cognazione, l'affinità, la pubblica onestà ecc. erano impedimenti alle nozze, per le relazioni, che passavano tra le persone. Gli atti considerati nel loro fisico, quando secondano la intenzione della natura, non diversifican punto tra loro. Considerati nel morale, prendono qualità dall' animo e dalle circostanze di chi gli commette. Lo stupro è un atto turpe, semplicemente perchè parte da un animo non onesto; ma la sua turpitudine non è nel fisico, e non è mai stata d' impedimento alle nozze. Dunque, finchè non si additi una legge, che vietasse le nozze fra persone, che si fosser

ser macchiate di quella turpitudine, siccome eran vietate tra gli adulteri; finchè è certo, che coloro potevano contrar le nozze un momento appresso, ed anche nel momento stesso dell' atto, determinandovisi allora allora, e cambiandogli il nome (*); finchè alla finzion della retrotrazione non altro si richiede, che la possibilità del vero in un tempo più antico; io sfido la dialettica la più sofistica a turbare la chiarezza estrema di queste idee, piantando in cose compossibilissime una chimerica opposizione. E priego l' avversario di mettere un poco meglio d'accordo la pretesa impossibilità della retrotrazione per diritto civile in questo caso, colla retrotrazione, che egli stesso vi riconosce per diritto canonico (1); secondo cui le nozze sopravvegnenti allo stupro ne legittimano senza dubbio la prole (2).

(*) Tale è forse la intenzion, che a *Didone* attribuisce il poeta.

Nec jam furtivum Dido meditatur amorem;
Conjugium vocat.

VIRG. *Aeneid.* IV.

(1) Pag. 32.

(2) *Cap.* I, *Ex. Qui filii sint legitimi* &c.

§. VII.
Altro sofisma intorno al detto caso.

In una nota contra il Boemero, dice l'oppositore, che l'argomento preso dallo stupro pruovi troppo; e domanda, perchè i figli non divenivano giusti almeno dal tempo del matrimonio (1)? Ma o io non intendo quel, ch'è scritto; o non lo intese, scrivendo, lo stesso scrittore. Noi diciamo: Nel sistema della retrotrazione i figli dello stupro dovrebbero per diritto civile divenire legittimi, e nol divengono; nel nostro, se nol divengono, egli è, perchè nascono da un congiungimento vietato anche dalle leggi civili. Mi sembra, che così dicendo, si dicano concludentissime cose. L'oppositore, se io non erro, è caduto senza avvedersene nel più manifesto paralogismo. Ha prima riposto nella retrotrazione la ragion sufficiente della legittimazione. Ha indi trovato, che lo stupro fa incapace di legittimazione la prole. Dunque (ha conchiuso) lo stupro impedisce la retrotrazione. Si doveva per contrario ragionare così: Lo stupro non impedisce la retrotrazione. Ma egli impedisce la legittimazione. Dunque retrotrazione e legittimazione non vanno sempre insieme.

Se

(1) Pag. 18.

§. VIII.
Chiave di tutto il sistema della legittimazione civile.

Se si ripiglia, che lo stupro era un atto illecito, anche per diritto civile, si dirà una gran cosa, ma lontana dal contrario proposito. La illicitezza dell' atto non altrimenti poteva essere di ostacolo alla retrotrazione, ossia alle finte nozze, che essendolo alle vere. La differenza tra i permessi e i non permessi congiungimenti, non già la retrotrazione, è la chiave di tutto il sistema della legittimazione civile. Perciò venivano esclusi dal suo benefizio i figli del meretricio, dello stupro, dello adulterio, dello incesto. Tutti questi congiungimenti erano dalle leggi qual più e qual men condannati, a misura che turbavano gli ordini della società e della natura (*). Perciò in que' matrimonj, che cominciati malamente, e ad onta delle leggi, divenivano giusti per un nuovo fatto, era similmente esclusa dal benefizio la prole nata nel tempo illegittimo. Tali erano i matrimonj di figli di famiglia, a' quali sopravvenisse in progresso di tempo il consenso paterno; i matri-

(*) Al meretricio, come meno perturbativo, lascian le leggi per sola pena la propria turpitudine. *L.* IV, §. 3, *D. De condict. ob turpem causs.*

monj di magistrati provinciali con donne provinciali, che non prendevan valore, se non dall'uscir della carica; i matrimonj di senatori con donne libertine, che non divenivano giusti, se non perduta la dignità senatoria (1). Perciò al contrario venivano ammessi al benefizio i figli del contubernio, che era il matrimonio naturale, ossia il concubinato de' servi, i quali non avevano matrimonio civile; così i figli delle ancelle proprie, il cui uso pe' padroni celibi era un lecito esercizio de' diritti dominicali, ed una spezie di concubinato ineguale; così finalmente i figli del concubinato libero. Ed è notabile una cosa in apparenza strana, che nel nostro sistema si spiega felicemente. La prole nata dal concubinato del figlio di famiglia, diveniva legittima, togliendo costui la concubina in moglie col consenso paterno; non la prole nata dalla stessa donna in qualità di moglie illegittima. Così la prole del magistrato e della concubina provinciale, del senatore e della liberta concubina, subito

(1) *L.* XIII, §. 6, *D. Ad L. Jul. de adult. L.* V, *C. De nuptiis; L.* LXVIII, *D. de jur. dot. L.* VI, *C. De nupt. L.* LXV, §. 1, *D. De rit. nupt. L.* XXVII, *eod.*

to che i padri usciti di carica sposassero quelle donne (*). Non così, se elle fossero state tenute in qualità di non legittime mogli. Donde questa diversità, in apparenza assurda, se non dalla licitezza o dalla illicitezza civile delle precedenti congiunzioni?

§. IX. Caso singolare, in cui si trovava il concubinato ne' primi secoli cristiani.

Il concubinato si trovava nel conflitto delle leggi antiche e della inveterata consuetudine colle massime della nuova religione. Le une lo autorizzavano, ponendolo quasi allato al matrimonio; il condannavano le altre, mettendolo in un fascio con tutti i vietati congiungimenti. I primi impp. cristiani presero il mezzo fra questi estremi, di estirparlo per vie oblique, di cui una si fu la legittimazione de' figli, proposta a chi il convertisse in legittimo matrimonio. Era ella un benefizio, con cui si pensò di allettare e di premiare la

(*) Il temporaneo impedimento alle nozze non lo era al concubinato. *Satis est autem, ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur; veluti si praeses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administratione provinciae eam uxorem ducat.* *Vinn. ad* §. XIII, *Inst. De nupt. N.* 3.

la condiscendenza de' padri nel cambiare una consuetudine comodissima in un giogo pesante. Della correzione degli altri disordini, su cui la morale civile e la religiosa eran d' accordo, ne fu lasciata la cura alle altre leggi, che vi provvedevan direttamente. Il nostro oppositore il confessa colà, dove dice, che *in sostanza volle la legge prediligere il solo concubinato, che era in quei tempi una lecita consuetudine, già anticamente permessa dalle leggi civili* (1). Ma tosto abbandonando il principio vero, che distingue lucidamente i casi della conceduta e della negata legittimazione, cioè la licitezza legale del concubinato, o più tosto la contraddizion delle massime intorno al medesimo; ritorna dietro all' immaginario e insufficiente della finzione retroattiva. *Fuori del concubinato* (egli seguita) *tutte le altre congiunzioni erano escluse dal benefizio della legittimazione, appunto perchè la finzione retrotrattiva non poteva operare nel tempo di un atto di sua natura proibito* (2).

Il

(1) Pag. 18.
(2) Ivi.

§. X.
Si passa agli argomenti contrarj. Risposta al primo.

Il fin quì detto è per se solo bastevolissimo a convincere chi che sia della inutilità della retrotrazione. Non si può meglio dimostrare, come sia inutile una cosa, che facendo vedere l'effetto mancato, dov'ella avrebbe dovuto produrlo; e lo effetto seguito, dov'ella non abbia potuto operarlo. Ad ogni modo gioverà anche scorrere gli argomenti, che adoperano i suoi sostenitori, per vederne tutta la debolezza.

Le leggi richieggono (si dice) *l'attitudine de' genitori a contrarre le vere nozze fin dal tempo della loro naturale congiunzione* (1). E se ne adducono in pruova due testi. Il primo: *Cum quis a muliere libera, & cujus matrimonium non est legibus interdictum* (2). Il secondo: *Ad liberam mulierem, cui omnino licet copulari* (3). Ma quì si parla del tempo presente, non del passato; non potendo senza la possibilità presente seguir le nozze, che sono il mezzo della legittimazione. *Hoc ex eo necessario efficitur* (nota il Vinnio sulle pri-

(1) Pag. 12.
(2) *L.* X, *C. De nat. lib.*
(3) *Nov.* LXXXIX, *cap.* II, §. *Si quis igitur*.

prime parole), *quod concubina uxor ducenda sit* (1). Oltrechè, quando anche si parlasse della possibilità del tempo passato, ella servirebbe a caratterizzare la concubina; non potendo esser tale, se non chi poteva esser moglie, dagl' impedimenti temporanei in fuori.

§. XI.
Al secondo.

Ad occasione de' matrimonj riferiti di sopra (§.VI), che cominciati illegittimi, divenivan legittimi per un fatto sopravvegnente, disputavano i giureconsulti, se per dirsi legittimi i figli, bastasse la nascita nel secondo periodo, che era il solo legittimo, o dovesse anche il concepimento esser seguito nel detto tempo. Giustiniano definì, che il solo punto del parto decidesse; tranne quando alla prole giovasse più l'altro del concepimento, come per rispetto allo stato di libertà (2). Da ciò inferiscono i fautori della retrotrazione, *doversi uno de' due punti attendere per la legittimità de' figliuoli, o quello della nascita, o quello del concepimento* (3); il che nella legittimazio-

(1) *Ad* §. XIII, *Inst. De nupt. N.* 3.
(2) *L.* XI, *C. De nat. lib.*
(3) Pag. 14.

zione non può seguire, senza tirarla ad uno di essi. Ma quì si confonde manifestamente la *legittimità* colla *legittimazione*, ossia la legittimità *originaria* colla *sopravvegnente*. La prima non può dipendere, che dall'un de' due punti, segnati dalla natura; la seconda, nascente da una cagione tutta fattizia, comincia dal momento, in cui questa si spiega, ch'è un terzo punto. Qual mai è in ciò la difficoltà?

§. XII. Ritorcimento del detto argomento contra il suo autore.

Anzi la dottrina de' due tempi, lungi dal porgere un argomento al sistema della retrotrazione, ne partorisce uno contrario. Imperciocchè quelli determinano lo stato della prole in casi, dove il matrimonio fatto legittimo non legittima la prole. Nè vale il dire, come fa l'oppositore, che l'occasione dello stabilimento *Giustinianeo* nasca dalla materia della legittimazione (1); poichè non basta l'occasione della legge a costituirne la materia.

E poichè crede egli di dimostrarlo dal procedimento della costituzione di Giustiniano, non c'incresca di darvi uno sguardo. Nella legge pre-

C ce-

(1) Pag. 16-17.

cedente (1) aveva l'Imp. confermata e fatta perpetua la legittimazione *per subsequens*. Alcuni, male interpretandola, ne dicevano ristretto il benefizio nel solo caso, che dopo contratte le nozze non fossero procreati altri figliuoli (2). GIUSTINIANO ripruova la detta interpretazione (3). *Molto più*, soggiugne egli, se la donna, avendo concepito nel concubinato, partorisca dopo divenuta moglie (4); perchè il parto così nato *ajuta egli se stesso* (5); ha cioè la legittimità originale, e non ha bisogno della legittimazione, ch' è un *estrinseco ajuto*. Nel che siegue il legislatore l'opinione di quei giureconsulti, che facevano prevalere la nascita al concepimento. Quì prende egli occasione di definire l'antica disputa generalmente (6), e dice: *In hujusmodi quaestionibus, in quibus de sta-*

(1) *L.* X, *C. De nat. lib.*

(2) *Quam legem quidam putaverunt &c. L.* XI, *eod.*

(3) *Nihil anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur.*

(4) *Et multo magis &c.*

(5) *Ipsum puerum vel puellam sibi opitulari.*

(6) *Et generaliter definimus . . . . . .*

statu liberorum est dubitatio, *non conceptionis*, *sed partus tempus inspiciatur*. Il punto dunque della nascita decide della legittimità innata; l' antica disputa versava su questa sola; e GIUSTINIANO la definisce ad occasione, non per la materia della legittimazione, ch' è una legittimità avventizia.

§. XIII.
Risposta al terzo argomento.

Un altro argomento il cava l' oppositore dalla assurdità, che a lui par di vedere in *individui di una qualità mista* (1), per un tratto naturali, e per un tratto legittimi; come se essi fossero centauri o satiri o altri mostri; e come se *legittimato* significasse altro per diritto civile, che un uomo nato dal concubinato, ma da un certo tempo in poi ammesso a' diritti di coloro, che nascon dal matrimonio; nelle quali idee non si trova punto di contraddizione. Oltrechè i legittimati per rescritto sono anch' essi de' mostri, o pure vale anche per loro la retrotrazione? Simile assurdo vede l'oppositore *in un'altra spezie di peculio, di cui non abbiamo le tracce* (2), egli dice; la

 qual

(1) Pag. 14.
(2) Ivi.

qual risulterebbe dagli acquisti più antichi della legittimazione, che il legittimato dovrebbe ritenere in sua balia. Ma egli non si è ricordato, che il padre di famiglia, il qual si dava in adozione ad altrui, o per parlare più proprio, in *arrogazione*, trasferiva *cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam*, siccome insegna Papiniano (1). I casi del padre di famiglia arrogato, e del figlio naturale legittimato, sono sì simili, che fu tempo, in cui l'arrogazione era un modo di legittimazione, introdotto da Anastasio, e dopo lui abolito (2).

§. XIV. Al quarto.

Ma come, egli seguita, potrebbero i legittimati succedere al pari de' legittimi, *senza manodurre l'efficacia delle nozze susseguenti ad operare con cammin retrogrado la legittimazione nel tempo della nascita de' figliuoli* (3)? Per succedere egualmente, basta che al tempo della deferita successione si trovino gli uni e gli altri legittimi,

(1) *L.* XI, D. *De bonor. posses. secundum tabulas.*

(2) *L.* VI, C. *De natur. lib.*

(3) Pag. 15.

mi, i primi per legge, i secondi per natura; o per meglio dire, i primi per la legge generale istitutrice de' matrimonj, i secondi per particolari disposizioni, che servon di eccezioni alla regola. Che se questa ultima diversità si crede incompatibile colla egualità della successione, vede bene chi 'l crede, che non mai la cancelleranno tutte le leggi e tutte le finzioni del mondo. Altro è l'esser la stessa cosa, il che dipende dalla natura e da' fatti, che non mai si posson disfare; altro è il partecipare del diritto medesimo (*eodem jure censeri*), il che dipende dallo arbitrio de' legislatori. L' obbiezione varrebbe, e sarebbe da supporre la retrotrazione, se i legittimati venissero ammessi a successioni aperte prima della legittimazione. Ma il diritto alle successioni si acquista secondo lo stato del momento, in cui si aprono; e la retrotrazione anche vera non mai toglierebbe o diminuirebbe un diritto acquistato ad altrui.

§ XV. Al quinto.

Ma non è per se stessa una finzione (si dice finalmente) la legittimazione (1) ? Non è un

(1) Pag. 16 in princ.

un consenso finto la presunzione di GIUSTINIANO, che l'uomo abbia avuto disegno fin dal primo congiungimento di far sua moglie la concubina (1)? È veramente in prima un bel modo di argomentare il fare di una cosa due, o di due tre. Quando queste fossero finzioni, non sarebbe perciò lecito il fingerne delle nuove e cerebrine. È stato risposto più volte in questa materia, che lo indurre finzioni legali è della legge, non dell'uomo; ed abbiamo veduto, che nè le parole della legge, nè la sua ragion sufficiente inducono l'altra, che si desidera. Del resto non sono punto finzioni quelle, che si allegano in contrario.

La presunzione è cosa ben diversa dalla finzione. La finzione è della sola legge, ed è l'opposto della verità; e in ciò appunto dista dalla presunzione, la quale è fondata nella verità, e mena alla verità (*). La presunzione è un argomento probabile, che trae la legge o l'uomo da

(1) Pag. 15.

(*) *Cum fictio sit adversus veritatem, in hoc distat a praesumptione, quae fundatur in veritate.* ALCIAT. *De praesumpt. In princ.*

da un fatto certo e noto, per chiarirne un dubbio ed ignoto. La presunzione dell' antico disegno dell'uomo, di far moglie la concubina poscia sposata, è un argomento della onestà della prima consuetudine, tratto dal fatto del matrimonio. Quanto alla stessa legittimazione, ella è tutto altro, che finzione. *Et quid fictione opus est, cum matrimonio subsequenti hic effectus tributus, ut etiam liberis antea natis prodesse queat?* Così il Boemero (1). Ma forse meglio Bartolo: *Lex ex certa causa vult filium in potestate facere sui juris, filium non legitimum vult facere legitimum, et servum liberum: potest ne hoc facere? Certe sic; tamen non secundum fictionem, sed secundum ipsam puram veritatem, quia vere erit sui juris, vel legitimus, vel liber* (2). La legge, che legittima, non fa, se non prescrivere, che la prole nata illegittima goda sotto certe condizioni degli stessi vantaggi, che la nata legittima. Quale è qui la finzione? E dove punto si fingesse, sarà, ripeto, una finzione, e non due; sarà una finzione, che dalle nozze in poi si abbia per legittimo il figlio; sarebbe-

(1) *Jus eccl. Lib.* IV, *tit.* XVII, §. XIV.
(2) *Ad L.* XV, D. *De usucapion. N.* 29.

bero due, avendolo per legittimo anche dianzi.

§. XVI.
Passaggio al diritto canonico. La pretesa conformità de' due diritti si rivolge contra chi la pretende.

La pretesa conformità dunque del diritto canonico e del civile nulla giova ad indurre la retrotrazione nel dritto canonico; poichè chiaramente s'è visto, niun luogo aver questa nel civile, da cui ripete il nostro avversario tutto il sistema della legittimazione. Noi per tanto, che sostenghiamo la diversità de' due diritti in questa materia, aggiunghiamo, ciò non ostante, per la maggior dilucidazione dell'articolo, che il diritto ecclesiastico per se stesso rigetta anch'egli la retrotrazione. L'oppositore, che dava per conformi l'una e l'altra giurisprudenza, se le trova suo malgrado inevitabilmente tali, contra l'assunto, che faceva la base del suo ragionamento, anche in conseguenza della conformità posta da lui. Noi, che le diciamo difformi, senza derogare alla lor discordanza, dove ella ci fa mestieri, concorriam volentieri a dimostrar vera la tesi contraria; ma in quella parte, che meno piace al suo autore.

§. XVII.
Casi di legittimazione canonica, non ostante la retrotrazione impossibile. Contraddizione, in cui cade l'oppositore.

Il diritto canonico riconosce come legittimati i figliuoli della giudea e del cristiano, dopo con-

convertita la madre, e contratte legittime e cristiane nozze fra i due genitori. L' oppositore il concede espressamente (1); e noi di sopra ci siam valuti di questo caso, anche a spiegare il sistema della legittimazione civile. In esso intanto non puote aver luogo la retrotrazion delle nozze, poichè intoppa nell'ostacolo della precedente disparità de'culti. Il simile è della prole incestuosa e della sagrilega, comechè l'avversario il nieghi, per procacciar de' compagni agli adulterini; ma senza darne altra ragione, che la retrotrazione impossibile (2). Manifesta e inescusabile contraddizione! In una medesima pagina si dissimula per un caso il preteso ostacolo, e se ne usa, opponendolo agli altri due. Se si ricorre alla doppia retrotrazione, già si è veduto, com' ella ferisce e risana.

§. XVIII. Dilucidazione intorno alla prole sagrilega e alla incestuosa.

De' figliuoli sagrileghi abbastanza, e degli incestuosi pienamente era stato trattato nella difesa legittimazione (3). Nel contrario ragionamento nul-

D

(1) Pag. 32.
(2) Ivi.
(3) §. XVII, e §. XXVI-XXVIII.

nulla si contiene, che risponda alla dimostrazione in quella fatta; se non pochi righi gettati ad arte fuor di luogo e verso la fine (1); dove tutto si riduce a citare il PELLEGRINI, che si fonda sulla retrotrazione.

Riguardo all'una ed all'altra prole, bisogna distinguere la dispensa semplice sulle nozze de' genitori, e la dispensa, che si dice *in radice matrimonii*. Entrambe colla permission delle nozze inducono la legittimazione della prole; la prima semplicemente, la seconda mediante una retrotrazione, ch' è sua propria, e fa una eccezione alla regola. Imperciocchè la dispensa semplice nel caso della prole già nata, cade sulle copule manifestamente fornicarie, fuori d' ogni figura di matrimonio; ed abilita i genitori ad unirsi in matrimonio legittimo, il quale comincia dal momento, che si fa uso della dispensa. In questa sorta di dispense non ha luogo alcuna retrotrazione. La dispensa *in radice* per contrario cade sopra matrimonj di fatto, contratti, benchè irritamente, tra persone impedite o per parentela, o per istato monastico e chericale. Chiamasi

(1) Pag. 126.

masi *radice* in questo caso quel matrimonio appunto di fatto, che per tal dispensa diventa principio e cominciamento del matrimonio legittimo e vero, il quale da essa dispensa risulta. La virtù della medesima è appunto il rimuovere il canonico impedimento fin dalla radice; il che si fa, nè si potrebbe altrimenti, per retrotrazione, trattandosi d'un effetto, che si vuol produrre nel passato. Ma questa retrotrazione lungi dall'esser comune a tutti i casi di legittimazione, è manifestamente propria e particolare del caso della dispensa *in radice*. Una più ampia sposizione di questo diritto, de' suoi principj e delle sue conseguenze, si può vedere nella memoria principale (1).

§. XIX. Retrotrazione rifiutata letteralmente dal diritto canonico.

La retrotrazione nella legittimazione canonica viene esclusa non solo dalla forza del sistema, ma benanche da espressa dichiarazione, che ne fa quel diritto. *Tanta est vis matrimonii* (dice la famosa decretale di Aless. III), *ut qui antea geniti sunt, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Il post è dimostrativo. *Si ita est ergo sequutis nuptiis, non habentur legitimi ante contra-*

 ctum;

(1) §. XXVI-XXVIII.

etum; scrive l'Alciati sul récato testo. Mi si condoni la ripetizione d'una cosa altrove detta (1), in grazia della sua brevità e della sua efficacia.

§. XX.
Argomento contrario tolto dal diritto delle primogeniture.

Chi sostiene il contrario, non potendo direttamente trovare la retrotrazione nella legittimazione canonica, dopo averla cercata, ma in vano, nella civile, come nella radice della canonica, si studia di rinvenirla ne' suoi germogli; ossia in un articolo *della materia feudale, la quale essendo di posteriore origine* (son sue parole), *quella disciplina nella legittimazione ha adottato, che alle massime del diritto canonico corrisponde* (2). Egli rammenta la controversia, che si agita nella successione de' feudi e de' majoraschi, se la primogenitura sia del figliuol naturale legittimato in virtù delle seguenti nozze, o pure del nato legittimo da un matrimonio intermedio fra la nascita e la legittimazione dell' altro. Egli confessa con buona fede, che i voti del maggior numero sono per lo legittimo nativo; ma aggiugne del

(1) *Della legittimazione* ecc. §. XXIV.
(2) Pag. 31.

del suo, che tutti partono dal principio della retrotrazione. Il primo nato, secondo gli uni (egli dice), è primogenito naturale; e per virtù della retrotrazione, è anche legittimo dal momento della nascita. Secondo gli altri, perchè il matrimonio intermedio è di ostacolo alla retrotrazione delle seguenti nozze, il nato legittimo è primogenito vero.

§. XXI.
Risposta.

Che alcun dottore ripeta dalla retrotrazione lo scioglimento di quella controversia, non fa, che ella non dipenda da principj più sodi e più veri, a' quali ricorrono altri. La preferenza del legittimato, anche senza la retrotrazione, si può sostenere, dacchè al tempo dell' aperta successione, ch' è il momento critico, concorre in lui la maggiore età, e la legittimità già acquistata, che sono le due qualità del primogenito legittimo e naturale. La preferenza poi del legittimo nativo, ch' è la sentenza la più ricevuta, deriva più naturalmente dal negare al tutto la retrotrazione. Il Vinnio dietro varj del suo stesso parere, per un argomento, che escluda ogni retrotrazione, ricorre appunto alla prelazione del figliuolo intermedio. *Falsum enim est, quod praesup-*

supponunt, hujus (legitimationis) hanc esse vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset, necessario sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogeniturae praeferri filio postea suscepto ex legitima uxore, mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo TIRAQUELLUS, CHRISTINÆUS, *etc.* (1). Dove è da notare, che questo gravissimo giureconsulto tien sì certa la successione del legittimo intermedio in concorso del legittimato, che della opposta proposizione ne fa un assurdo, capace di escludere la retrotrazione; ed un assurdo di *necessaria conseguenza*, supposta questa. In fatti è poco felice conciliazione quella della retrotrazione in generale colla preferenza del legittimo nato, mediante il matrimonio intermedio, per cui si fa in questo particolar caso cessare la retrotrazione, e la legittimazione con essa. I fautori della retrotrazione si contentano la più parte della *abilità*, come dicono, *degli estremi*, nulla curando il mezzo. Ba-

(1) *Ad* §. XIII, *Inst. De nuptiis*. *N.* 3. *Adde* POSTIUM, *de matrim. Lib.* XI, *cap.* XI, *n.* 8.

Basta, secondo loro, che nelle finzioni *traslative*, la cosa verificata nel secondo estremo sia stata possibile nel primo.

§. XXII. Conchiusione per rispetto alla retrotrazione.

Possiamo dunque conchiudere, che lungi dall' esser la retrotrazione la norma regolatrice della antica e della moderna legittimazione, ella non è, se non una chimera; e che altrove fu ben chiamata così, non sulla fede de' giureconsulti, comechè insigni, che l'avevano confutata prima, ma dietro l'analisi di tutto il sistema; di che si stimò inutile dare una più estesa dimostrazione, avanti che ci si prendesse a far guerra colle chimere. Non meno il civile, che il canonico diritto, sono d' accordo nel rifiutarla; e la loro conformità in questa parte si rivolge contra il fine di chi gli dice in tutto concordi.

§. XXIII. Legittimazione moderna difforme, secondo noi, dalla antica; conforme, secondo l' avversario, ma in parole.

Veggiamo ora, quanto sia vera la loro conformità nel resto. Nella memoria principale fu dimostrato, che altrimente procedeva l'antica legittimazione, altrimente la moderna; che l'antica non abbia soggetto tra noi, cui si possa applicare, per essere il concubinato abolito, e i figlio-

gliuoli naturali mancati (1). *Si nullus amplius est concubinatus* (scrive DESIDERIO HERALDO ne' termini del diritto civile), *nulli amplius naturales liberi, nulla amplius legitimatio esse potest* (2). Oggi chè il titolo di concubina è così obbrobrioso per una donna, come qualunque altro (*); oggi che son tutti *spurii* i nati fuori del matrimonio, doveva essere la legittimazione o per tutti o per nessuno; ed ecco in qualunque de' due casi cessata la legittimazione antica. L' oppositore al contrario scrive, che, *comechè si sia veduta qualche mutazione del diritto antico, essa non tocca la sostanza della cosa, ma gli accidenti* (3). Ma egli stesso con altre cose, che quà e là sparge, distrugge in modo l'antica sostanza, che poco più le lascia dell' accidente del nome; e mette in tutta la materia non meno, anzi

(1) §. XIV e XV.

(2) *Rer. quotid. Lib.* I, *cap.* IV, *n.* 2.

(*) *Concubinae nomen probrosum non erat.* EUSTATHIUS *in* IX *Iliad. Hodie in usu non sunt concubinae, et abutitur vulgus eo nomine, dum scorta vocat concubinas.* CUJAC. *ad tit.* C. *De concubinis.*

(3) Pag. 28.

anzi più varietà, che noi non facciamo:

§. XXIV.
La stessa antica legittimazione cambiò fine sotto GIUSTINIANO, secondo l' avversario.

E in prima nello stesso diritto antico egli pone una novità, che il distingue in due periodi essenzialmente diversi tra loro; laddove noi non altra differenza riconosciamo, che tra l' antico e il moderno. COSTANTINO, LEONE, ANASTASIO e GIUSTINO, egli dice, cercarono colla legittimazione di distogliere obliquamente gli uomini dal concubinato, nel che siam d' accordo. Ma al tempo di GIUSTINIANO il *fine della legge non era più quello* (1). Questi trovò il *concubinato diverso assai da quello, che prima era* (2); cioè riformato per le esortazioni de' padri della Chiesa, e dalla mancanza del rito in fuori, nulla diverso dalle nozze legittime e cristiane (3). Il fine dunque di GIUSTINIANO si fu *lo apprestare i civili effetti a quella unione, che già era divenuta un vero matrimonio* (4). Ma se questo fosse stato il fine di GIUSTINIANO, perchè non ri-

(1) Pag. 10.
(2) Ivi.
(3) Pag. 6.
(4) Pag. 10.

riconoscere direttamente per matrimonio la detta unione? Nondimeno veggiamo, come pruovi l'oppositore l'assunto suo.

§. XXV.
Crede provarlo con un luogo di S. Agostino.

Egli non altro allega, che alcune parole di S. Agostino, tolte dal *Decreto* di Graziano (1); dove il sottil Vescovo d'*Ippona*, cercando di conciliare la consuetudine inveterata colla morale della religione, condiscende a chiamar matrimonio quel concubinato, che niuno ostacolo frapponga alla generazione, e che non si sciolga, se non per morte di alcun de' due; supposta sempre la libertà di entrambi da altro conjugal nodo, e l'animo di serbarsi tra loro vicendevolmente la fede. Aggiunghiamo, che secondo queste restrizioni si debbono intendere un famoso canone del concilio *Toletano* del CCCC, ed un luogo di S. Isidoro di *Siviglia*, padre del VI in VII secolo; dove sembra permettersi le concubine (2). Ma

(1) *Can.* 6, *caus.* XXXII, *qu.* II.

(2) Ved. i cann. IV e V, dist. XXXIV; i correttori romani sul cit. can. IV; Giannone, *Apologia* &c. Part. II, cap. XI. Ugon Grozio dà

Ma saranno bastate le insinuazioni della Chiesa a far sottoporre generalmente alle austere regole del matrimonio cristiano una consuetudine liberissima, garentita dalle leggi e dalle opinioni del secolo? La gente pia non ha mai formato il maggior numero. E senza andare agli argomenti, le invettive e le querele di S. Gio: Crisostomo (1), di S. Ambrogio (2), di Salviano (3), padri anche contemporanei, dimostrano tuttavia incorreggibile il concubinato verso i tempi di S. Agostino. Lo stesso S. Agostino, che altrove insegnando, considerava freddamente la cosa in astratto, e nella sua possibilità; in predicando al popolo, la riguarda nel fatto, come giunta fino all' eccesso di tener moglie e concubina insieme, e si accende del più fervido zelo. *Fornicari vobis non licet.. Sufficiant vobis aut uxores,*

§. XXVI. Si confuta collo stesso S. Agostino e con altri padri.

dà la stessa spiegazione al canone *Toletano* ed al luogo di S. Agostino. *De J. B. et P. Lib.* II, *cap.* V, § XV, *cum notis auct.*

(1) *Homil. de concubinis*. V. Giannone, *Apologia*, P. II, cap. X.

(2) *Serm. de S. Jo. Bapt.* LXV.

(3) *De gubern. Dei. Lib.* VI.

res, aut nec uxores, concubinas vobis habere non licet. Audiat DEUS, si vos surdi estis; audiant angeli ejus, si vos contemnitis; concubinas vobis habere non licet. Et si non habetis uxores, non licet vobis habere concubinas, quas postea dimittatis, ut ducatis uxores (*). *Quanto magis damnatio vobis erit, si habere volueritis & concubinas & uxores* (1)!

§. XXVII.
Colle leggi e colla storia del tempo.

Ma della pratica poco o niente migliorata a' tempi di GIUSTINIANO, ne abbiamo una gran dimostrazione negli stessi libri delle nostre leggi. GIUSTINO, zio di quello Imperadore, nella legge, con cui rinnovò l'editto de' suoi predecessori per la legittimazione de' naturali, nati fino a quel punto, dichiarò, che per lo avvenire pensasse chi desiderava figliuoli in sua potestà, di procacciarsegli con giuste nozze. *Injusta namque libidinum desideria nulla de caetero venia defendet.... Cum nimis sit indignum, nimis item impium flagitiis prae-*

(*) Queste parole soprattutto dimostrano, che l'uso era di tenere le concubine liberamente, e senza quel vincolo, che solo poteva adeguare il concubinato al matrimonio cristiano.

(1) V, *Homil.* 49.

praesidia quaerere, ut & petulantiae servire liceat, et jus nomenque patris, quod eis denegatum est, id altero legis colore praesumant (1). Chiaramente quì il legislatore confonde il concubinato, sebbene non osi vietarlo, con tutte le illecite congiunzioni. Da questa legge alla prima di Giustiniano nella materia della legittimazione (2), si numerano appena dieci anni (*). In sì corto intervallo non potè certo operarsi nell' oriente quella rivoluzion ne' costumi, che crede l' oppositore, per effetto di due o tre righi, scritti speculativamente un secolo o circa prima, nell' Africa e nello estremo occidente. Molto meno poteva operarsi nel tempo di Giustiniano, diffamato particolarmente per la corruzion de' costumi (**).

Anzi

(1) *L.* VII, *C. De nat. lib.*

(2) *L.* X, *cod.*

(*) Tanti se ne contano dal consolato di *Giustino* ed *Eutarico* a quel del solo *Decio* il giovine, che son le date delle due costituzioni. V. i fasti consolari.

(**) Se ne vegga il quadro, che ne fa Procopio. *Hac tempestate omnium ferme mulierum mores cor-*

§. XXVIII.
Colle leggi posteriori.

Anzi per tre o quattro altri secoli, che nello oriente continuò il concubinato senza divieto, fu sempre una consuetudine libera, nella quale i pii uomini ravvisavano una pretta fornicazione. Basilio il *Macedone*, proibendola, dice: *Quando perexiguum aut nullum omnino discrimen inter concubinatum & fornicationem statuimus* (*). Leone il *Saggio*, suo figliuolo, iterò il divieto, e dichiarò, che non ammetteva alcun mezzo tra il matrimo–

corrupti &c. con tutto quel, che siegue. *Hist. arcan. Pag. 77, Lugdun.* 1632.

(*) Meglio l' originale: Μικρον γαρ η ουδεν διαφερειν της πορνειας αυτο νομιζομεν. *Parum enim vel nihil differre a scortatione illam rem putamus. Ap.* Leunclav. *Jus rom. gr. Tom.* I, *pag.* 87, *Francof.* 1596. Il νομιζειν significa due cose, *stabilire con legge*, e *stimare, opinare, reputare*. La traduzione vulgata il prende nel primo senso, secondo cui sembra, che la differenza la tolga il legislatore con un suo stabilimento positivo. Nel secondo egli niega la differenza, perchè naturalmente non ve la vede. Il secondo conviene anche meglio colla costruzione dello infinito διαφερειν.

monio e il celibato. *Conjugalis vitae desiderio teneris? Conjugii leges serves necesse est. Displicet matrimonii molestia? Caelebs vivas, neque matrimonium adulteres* (1). Altre dunque allora si riputavano le leggi del matrimonio, altre quelle del concubinato. Costantino Porfirogenito rinnovò anch'egli l'avita e la paterna costituzione (2).

§. XXIX.
Errore dell'avversario in ordine a' tempi posteriori.

Per la qual cosa io non comprendo, come l'avversario, ragionando del concubinato di que' tempi, abbia scritto, che *languide tracce vi rimanevano appena dell' antico costume* (3). Se intende egli, che l'uso del concubinato fosse venuto a poco a poco uscendo di moda, perchè il troviam preso di mira da tre successivi imperadori? Se intende, che si fosse riformato a norma del matrimonio cristiano, dond'è, che il veggiamo equiparato alla fornicazione? Oltrechè egli stesso altrove dice, che a Leone fu facile il proscrivere il concubinato, avendolo *il corso de' secoli* rendu-

(1) *Nov.* LXXXIX & XCI.
(2) *Ap. Harmenopul. Promptuar. Lib.* IV, *tit.* VII, *in fine*. V. Giannon. *Apolog.* P. II, cap. XIII.
(3) Pag. 8.

duto *finalmente abbominevole* (1); cosa che non bene si accorda *con una unione già divenuta*, al dir di lui stesso, *un vero matrimonio* più secoli prima (2).

Il fine dunque di Giustiniano non fu diverso da quello de' precedenti imperadori, che era stato l'abolire il concubinato, senza rivocare le leggi, che il permettevano. Veggiamo ora, se riesca meglio l'autore del *Ragionamento* a dimostrare conservata nella moderna giurisprudenza la *sostanza* del diritto antico sul punto in quistione.

§. XXX. Varietà fra l'antica e la moderna legittimazione.

Per fare il parallelo dell' antica e della odierna legittimazione, giova distinguere la *cagione* di questo diritto, il suo *effetto*, il *mezzo*, che vi s' impiega, il *fine*, a cui l' effetto è diretto. Cagione dell' antica noi diciamo essere le leggi civili, della moderna, le disposizioni canoniche (*); sen-

(1) Pag. 20.

(2) Pag. 10.

(*) *Hodie legitimationis quidem, non vero juris romani de legitimatione, magnus est usus . . Sed, quae*

senza negare, che la idea della cosa sia stata attinta dal fonte civile. Effetto dell' antica, la legittimazione de' soli figliuoli delle varie spezie del concubinato; della moderna, la legittimazione di tutti i figliuoli del disordine, che abbiano certo padre (**). Mezzo dell' una e dell'altra, le seguenti nozze. Fine dell' antica, l' abolizion del concubinato, e il soggettamento della prole alla patria potestà (1); della moderna, la emenda del peccato ne' genitori, unita al favor della prole.

§. XXXI. L'avversario, contraddicendosi, ne confessa le principali. Punti, ne' quali veramente discordiamo.

Or di queste varietà, vinto l' oppositore della forza del vero, ne riconosce contra il suo disegno le principali. Quanto alla cagione, ei confessa, *che i canoni abbiano dovuto indurre qualche mutazione nella disciplina del concubinato*, e ne

quae in usu forensi obtinent, petita sunt vel ex jure canonico, vel ex communibus principiis politicis . . . THOMAS. *Diss. de usu practico legitimationis. Cap.* II.

(**) *Moribus concubinatu sublato, non dantur naturales liberi, sed legitimatio spuriorum est et adulterinorum. Id. ibid.* §. 2. (1) *Ibid.*

ne disegna anche l'epoca (1); che abolito il concubinato, *avrebbe dovuto la legittimazione interamente cessare; che nondimeno fu ella sostenuta dalla autorità delle regole ecclesiastiche, ma con una diversa contemplazione* (2). Queste parole comprendono anche la variazione dell'effetto e del fine. Quanto all'effetto, dice più particolarmente, che *di egual condizione furono riputati dal diritto canonico tutti i figliuoli del disordine, purchè in tempo della loro nascita avessero potuto i genitori contrarre tra loro le nozze* (3). In quanto al fine, scrive, che in luogo dell'antico limitato al concubinato, la Chiesa si propose *l'altro di richiamare i fedeli dalle illecite congiunzioni* (4), fine chiamato altrove *più generale* (5).

Qual è dunque la decantata conformità de'due sistemi, se essi variano nella cagione, nell'effetto, nel fine? Dunque l'oppositore conviene nelle più importanti parti della teoría, che si vanta

(1) Pag. 22.
(2) Pag. 20.
(3) Pag. 23.
(4) Pag. 23.
(5) Pag. 36, in fin.

ta di aver confutata. Le sole discrepanze tra noi son queste. I. Egli ripete il nuovo sistema dal potere giudiziario della Chiesa, non dal legislativo, non avendo ella questo potere nelle cose civili (1). II. Restringe l'effetto a' figliuoli, ne' quali possa aver luogo la retrotrazione del benefizio. III. Dal fine esclude il favor della prole. Cose tutte inutili a sostenere la pretesa conformità già da lui stesso distrutta, e per se stesse o false o fuor di proposito. Io debbo disaminare la prima e la terza proposizione, avendolo già fatto della seconda.

§. XXXII. Inutile quistione, se dal potere della Chiesa giudiziario o legislativo sieno derivate le variazioni di sopra.

Che importa all' uopo, se il giudiziario o il legislativo potere della Chiesa abbia indotto nella legittimazione la diversità, che oggidì ci troviamo? Purchè la Chiesa abbia operata la diversità, purchè la diversità sia stata ricevuta, purchè questa costituisca il diritto oggidì osservato, che monta il ricercare, con quale parte del potere, e se bene o male questa diversità sia stata fatta? Ma poichè l'autore ha creduta utile questa ricerca, convien seguirlo; il che anche farà sempre più conoscere, quanto alla promessa solidità del suo lavoro abbia

F 2 de-

(1) Pag. 25.

detratto la fretta, con cui si duole di averlo dovuto fare (1). Egli gioverà inoltre a far vedere, perchè di una controversia tutta civile ripetiamo la risoluzione dal dritto canonico.

§. XXXIII. Origine, progresso e cagioni del potere giudiziario degli ecclesiastici.

È fuor di dubbio, che il potere nativo della Chiesa sia ristretto ne' confini delle cose spirituali. Ma questo ha data occasione a lei, e soprattutto al suo capo, di acquistarne del temporale; talchè ne' secoli di mezzo la giurisdizione ecclesiastica occupò per ogni dove quasi interamente il luogo della civile. Procedendo a poco a poco, non vi fu causa, che il foro ecclesiastico non tirasse a se, o per ragione delle persone soggette e privilegiate, come cherici, monaci, loro familiari, vedove, pupilli, poveri, pellegrini, crociati; o per ragione delle cose, che divenivano di sua competenza, subito che vi si scorgesse peccato, o pericolo di peccato, interesse di coscienza, dipendenza dalle massime religiose ecc. con tutti gli accessorj di queste cose, fino ad involvervi i testamenti e le doti; o sotto pretesto di supplire, dovunque se ne cre-

(1) Pag. 1.

credesse bisogno, alla potestà laicale, il che gli attrasse le cause di sospezione de' giudici laici, le cause di difficil cognizione, e quelle, che potestà umana non potesse decidere, come trà sovrani e sovrani (1). Per questo modo i vescovi e i papi divennero i giudici universali di tutta l'Europa.

Bisogna confessare per amor del vero, che contribuì a questa confusione di poteri la supina ignoranza de' laici de' bassi tempi, talchè *laico* ed *illetterato* eran sinonimi (2); la irregolarità de' loro procedimenti giudiziarj; la perizia per opposto del diritto romano negli ecclesiastici, la quale in certi papi del XII e del XIII secolo fu somma, come in Aless. III. ed Innoc. III; la industria finalmente, onde coloro renderono in molte parti più semplice, più equo e più adatto a' costumi moderni il diritto antico. Quindi fu, che i laici correvano volontariamente

(1) Ved. Giannone, Stor. civ. Lib. XIX, cap. V, §. III. Du Cange, *Gloss. latin.* V. *Curia Christianitatis*.

(2) Muratori, Del buon gusto; Du Cange, *Gloss. latin.*

te a' lor tribunali, e si ascrivevano il dipenderne a gran ventura (1).

§. XXXIV. Dalle decisioni de' papi risulta la legislazione pontificia.

Dalle frequenti decisioni de' papi in ogni materia risultò il diritto pontificio, contenuto nelle varie collezioni delle epistole decretali. Le principali di queste sono le pubblicate per ordine di GREGORIO IX, di BONIFAZIO VIII e di GIOVANNI XXII, le quali formano la più usata parte dell' odierno corpo canonico. Ciascuno di questi pontefici ordinò con successo nella costituzione preliminare, che della sua compilazione si facesse dappertutto uso *ne' giudizj e nelle scuole*. Ed ecco come le loro decisioni, che state erano in origine semplici atti di potere giudiziario o rescritti consultivi, divennero monumenti legislativi, come presso a poco era addivenuto di molti decreti de' romani imperadori nel *Codice* registrati. Anzi di GREGORIO IX si osservano costituzioni fatte di proprio moto, senza occasione di giudizj o richiesta di litiganti, come os-

(1) *Histoire de Charl.* V, *par* ROBERTSON, *Sect.* I, & *Remarq.* XXIV. *Instit. au droit eccl. par* FLEURY, *Ch.* I.

osserva il Cujacio (1); ed in materie temporalissime, senza mistura di spiritualità alcuna (*).

§. XXXV. Autorità del diritto pontificio nelle cose civili, in che riposta.

Ma l'autorità del diritto pontificio negli affari civili degli altri stati si vuol ripetere da tutto altro, che dalle ordinazioni de' papi. I papi avrebbero in ciò in vano ordinato, se non fossero stati volontariamente ubbiditi. L'autorità di quello è fondata sull'accoglimento, che gli ferono i principi e i popoli degli altri paesi; come appunto aveano fatto al diritto civile romano, riconoscendone l'autorità, anche dopo la caduta di quello impero. Talchè separatisi dalla chiesa romana i paesi, che protestarono contra lei, ritennero tuttavia le leggi de' suoi capi; ad onta degli sforzi di Lutero, che in *Vittemberga* avea fatto consegnare alle pubbliche fiamme le *Decretali*. La qual cosa forma la più insigne delle lodi

(1) *Ad cap. ult. Ex. De sent. et re judic.*

(*) Si veggano per esempio i titoli, *De praecariis*, *De commodato*, *De deposito*, *De empt. et vend. De fidejussoribus*, *De solution. De donat.* ed altri molti.

di del diritto canonico, al dire di ARTURO DUKE inglese (1).

§. XXXVI.
Sua fortuna a che dovuta.

La fortuna di questo diritto, come dice il nominato scrittore, è dovuta alla savіezza, ed alla equità, che contiene (2). I tribunali tutti di Europa ne han riconosciuto, non che la utilità, ma la necessità. Egli ci ha data la forma del procedimento forense, che manca nel diritto civile; egli, la decisione di molte ardue ed illustri controversie, che in questo non si trovano definite (3). Dovunque il civile era troppo rigido, o chiudeva gli occhi su qualche ingiustizia, o supponeva diversi costumi, l'ha egli ammollito, rettificato, accomodato a' costumi odierni; come presso a poco riguardo al civile strettamente detto, avea fatto in altri tempi il pretorio. Di quì è, che oggi quasi generalmente son cessate le pene della vedova, la quale si rimariti tra l'anno del lutto; che si permetton le nozze tra 'l rapitore e la rapita; che per mancan-

(1) *De auctorit. jur. civ. Lib.* I, *cap.* VII, *n.*16.
(2) *Ibid. num.* 14.
(3) *Ibid. num.* 19.

canza del consenso de' padri non perde della sua validità il matrimonio de' figliuoli; che la dottrina del matrimonio procede con regole diverse in massima parte dalle antiche; che a prescrivere si ricerca la costanza della buona fede; che l'antico diritto delle usure è sbandito; che i figliuoli, comunque nati, non perdono il diritto agli alimenti e alla vita per lo peccato de' genitori (1). In somma il diritto canonico è un de' fonti della moderna giurisprudenza; e non altronde ripete il foro civile la norma di moltissime cose (2).

§. XXXVII. La legittimazione moderna è regolata dal diritto canonico.

Uno di siffatti articoli è la legittimazione; perchè le disposizioni civili su questo punto non si possono applicare a' costumi moderni. Il titolo, *Qui filii sint legitimi*, dimostra, che tutte le cause dello stato de' figliuoli dipendevan dagli ecclesiastici. Vi sono esempj, dove non nasce la quistione dalla validità o invalidità del matrimonio, come ne' capi I, II, III, IV, VIII, XV.

G Anzi

(1) *Ibid. num.* 12.

(2) VAN-ESPEN, *Dissert. in V libros Decret.* §. V.

Anzi nel III si tratta della semplice filiazione. Vi si pronunzia eziandio sugli effetti civili della legittimazione, ossia sulle eredità da aggiudicarsi o negarsi, come ne' capi I, II, III, VIII, XII. Talvolta, come nel VII, si rimette alla potestà laicale il dare semplicemente il possesso. Varj de' cennati rescritti sono per paesi di aliena giurisdizione, come *Francia* ed *Inghilterra*.

Presso i cattolici per molto altro tempo siffatte cause sono state anche del giudice ecclesiastico (1). Ma in quanto al diritto da seguirsi, anche i protestanti continuano ad usare il canonico, come il proprio della materia, e diverso dal civile non più confacevole (2). Per lo nostro paese in particolare non so tacere un luogo d'un nostro patrio e recente scrittore, Domenico Cavallari. Benchè riportato in parte altrove, giova ripeterlo qui intero, in conferma delle

(1) *Perez. in Cod. lib.* V, *tit.* XXVII, *n.* 18. *Du Cange, Gloss. lat. V. Curia Christianitatis.*

(2) *Rittershus. Jus noviss. Par.* IV, *cap.* XII, *n.* 14. *Hilliger. Donell. enucl. Lib.* II, *cap.* XXI, *not.* F. *Vinn. in Inst.* §.XIII, *De nupt. Num.*4. *Boehmer. Jus eccl. Lib.* IV, *tit.* XVII.

le principali cose da noi sostenute: *Quod vero in praesenti disciplina concubinae esse desierunt, vi juris civilis nulla potest esse per subsequens matrimonium legitimatio. Moribus tamen obtinet, ut filii etiam ex adulterio vel incestu procreati legitimi fiant, ubi per nuptias legitima auctoritate concessas vitium emendatum fuerit. Quod jus post* ALEX. III *Pontificem invaluit, cap.*VI, *Ex.. Qui filii sint legit.* (1).

§. XXXVIII. Conseguenze contrarie all' oppositore.

Dalle cose testè dette discendono varie conseguenze contra l' oppositore. I. Non è vero, che la cognizione della potestà ecclesiastica si sia aggirata principalmente intorno alla origine, ch' era il matrimonio, e non alla legittimazione direttamente, come egli cerca d' insinuare, sebbene non osi negare il contrario (2). II. Non è vero, che in questa materia abbia ella esercitato il solo potere giudiziario, perchè le sue decisioni sono state dagli stessi pontefici elevate al grado di leggi. III. Questa stessa quistione è inutile, tostochè noi seguiamo in ciò il diritto ecclesiastico, non come *costituito per noi, ma come ri-*

 ce-

(1) *Inst. jur. rom. Lib.* I, *tit.* X, *n.* 30.
(2) Pag. 25.

cevuto da noi, al pari del diritto civile de' romani per le altre materie. IV. Questo diritto ecclesiastico nella materia in quistione è riconosciuto da tutti, come diverso dal romano.

§. XXXIX. Favor della prole, uno de' fini primarj della legittimazione canonica.

Non è meno irragionevole l'altra discrepanza, ch'è tra noi e l'oppositore, per rispetto al fine della legittimazione canonica, dal quale egli desidera di escludere lo spezial favore della prole. Egli fa vista di non intendere, come possa contribuire alla spiegazion del sistema il maggior favore de' canoni verso la prole, a confronto del maggior favore delle leggi verso i padri (1). Ma se la dimostrazione, che si pretendea confutare, era fondata sulla diversità della legittimazione canonica dalla civile; e se la prole, qualunque sia il vizio della sua origine, non mai demerita per se stessa il favore, che le concilia la sua innocenza; bisognava ingegnarsi unicamente di rimuovere quella differenza, ma non negarne la importanza. A rimuoverla non basta il dire, che per diritto civile cadeva casualmente il benefizio or sopra i padri, or sopra i figliuoli, secondo le cir-

(1) Pag. 8.

circostanze. La pluralità de' casi il faceva proprio de' padri, che colla legittimazione acquistavano sempre la patria potestà, preziosa di gran lunga presso gli antichi; laddove non sempre i figliuoli acquistavano una successione, che gli compensasse della *deminuzione del capo*. Il faceva similmente proprio de' padri la intenzione della legge, la quale calcolava nella legittimazione la *pudicizia* loro (1); la quale la restringeva a' soli figliuoli naturali; la quale finanche a costoro negava il *rescritto*, che riserbava a' padri soli. I canoni per opposto non sono avari del rescritto neppure agli adulterini, il che di quì a poco vendicheremo dalle fallacie dell' oppositore; tendono le loro braccia, anche secondo i più rigidi, ad una classe molto più numerosa de' naturali; esprimono alle volte, come uno de' principali motivi, il *favor della prole* (*); finalmente non

(1) *Nov.* LXXXIX, *cap.* XIII, §. 5.

(*) *In favorem prolis potius declinamus*. *Cap. Ex tenore*, XIV, *Ex. Qui filii sint leg.* Il Gonzalez mette espressamente nel fine della Chiesa il favor della prole: *Scilicet in contrahendo matrimonia*

non possono trovar motivo di favore ne' genitori, perchè tutti rei, secondo la nostra morale. Per la qual cosa ci sembra, che resti illeso dalla opposizione quanto su questo punto era stato dimostrato dietro un cenno fattone dal BOEMERO (1). Il diritto civile si restringeva a' naturali, la cui condizione non era notata; e trascurava gli altri illegittimi, che portavano la vergogna in fronte senza lor colpa alcuna (2). Nè giova il rispondere, come si fa, che neppure il nascimento de' primi era riputato onorevole, attesochè le concubine lor madri eran per ordinario vili donne e plebee (3). Questo svantaggio era diverso dalla nota di spurio; era comune a tutti i figliuoli

nio praecipuum esse consulere animae, filiosque relinquere cum honore, et sine nota infamiae illegitimitatis. Ad cap. I, *eod.* Il TOMASIO: *Saepe legitimationis apud nos finis vel primarius vel solus est, ut illae personae, quae legitimantur, non habeantur amplius pro infamibus, vel, uti loquuntur, pro levi macula notatis. De usu pract. Cap.*II, §. 2, *not.* B.

(1) *Della legittimazione* ecc. §. X-XVI.

(2) GOTHOFR. *ad L.* III, C. *Th. De inoff. test.*

(3) Pag. 9, not. 2.

gliuoli legittimi di madri ignobili; nè si toglieva colla conversione del concubinato in matrimonio. Lo stesso diritto civile negava gli alimenti a' frutti de' congressi più abborriti; durezza, che ha corretta il canonico. Dimanda l'avversario, che abbia di comune colla quistione questo temperamento del diritto canonico; siccome altresì l'avere ammessi alla impetrazion del rescritto anche i soli figliuoli (1)? Ridomando io a mia volta, se giovi il chiamare in soccorso d'una interpretazione particolare lo spirito generale della legislazione?

§. XL. Influenza di ciò nella dimostrazione, che si ripete dalla ragion della cosa.

Queste osservazioni infatti influiscono evidentemente nella prima dimostrazion dell'assunto, ossia della *legittimabilità* de' figliuoli del conjugato, che si legge nella memoria principale; dimostrazione ricavata dalla ragion della cosa e dallo spirito de' canoni. Il negarsi la legittimazione (si era conchiuso) a' figliuoli di uom maritato e di donna sciolta, non ha ragione nelle loro persone, perchè la innocenza loro e de' lor simili è favorita ed è protetta in tutti gli altri rin-

(1) Pag. 32.

rincontri da' canoni; non nella colpa de' genitori, perchè neppure il sagrilegio e l'incesto impediscono la legittimazione della prole nefanda; non nel divieto delle seguenti nozze, per esser egli cessato (1). Senza ripetere le opposizioni dileguate di sopra, me ne restano a sciogliere altre due.

§. XLI.
Se il fine della Chiesa comprenda la prole adulterina.

I. Nel fine della Chiesa, ch'è quello di rivocare i fedeli dagli inonesti congiungimenti, non son compresi i figliuoli adulterini, perchè tra gli adulteri ha sempre la Chiesa detestate le nozze; e se oggi le tollerà, è forse dipeso da un errore di Graziano (2). 1. Questo argomento pruova troppo. Proverebbe vie più contra della prole sagrilega e incestuosa, di cui non si può contrastare l'attitudine alla legittimazione, mercè delle nozze, che seguano per dispensa. 2. Il fine della Chiesa comprende anche il favor della prole, per quel, che si è detto, in questa e nella altra memoria. 3. Secondo l'antica disciplina, la pena della colpa de' genitori si divideva tra loro e i

(1) §. XXIX.
(2) Pag. 36 e 37.

e i figliuoli. La nuova sarebbe assurda, se sgravati della pena i rei, vi rimanessero soggetti i soli innocenti, e i soli favoriti in tutti gli altri rincontri. 4. La legittimazione per queste considerazioni non sarebbe un allettamento alle nozze de' genitori, ma una necessaria conseguenza della indulgenza introdotta per loro, al pari della legittimazione degl' incestuosi e de' sagrileghi. 5. Non si possono oggi più chiamar detestate le nozze infra gli adulteri. Anticamente la Chiesa le abborriva più della fornicazione. Oggi, che le permette, senza neppure bisogno di dispensa, le considera come un male minore di quel peccato. Non dee quindi abborrire, che sciolti i già adulteri, si uniscano in matrimonio, in vece di continuare in una pratica fornicaria. 6. Se scandalo risultasse, come nel principio e nel fine di tutto il *Ragionamento* cerca d'insinuare l'autore (1); sarebbe dalle nozze de' genitori, non dalla legittimazion de' figliuoli. Ma permettendole la Chiesa, è da credere, che lo faccia ad evitare scandali vie maggiori. Questo timor dello scandalo discende dal volere implicitamente, come che si

H nie-

(1) Pag. 2, e 130.

nieghi in parole, punita negl' innocenti la colpa altrui; il che sarà ben fatto per la disciplina, quando la loro pena faccia parte di quella de' rei, ma non mai, dopo assoluti i rei della loro.

§. XLII.
Solidità dell' argomento, che si trae dalla legittimazione degli adulterini per rescritto.

II. La legittimazione degli adulterini per rescritto, introdotta da' pontefici, come dimostra la celebre decretale, *Per venerabilem*, senza forse precedente esempio del diritto civile, è un altro argomento, da cui s' inferisce, che il diritto canonico riguardi con maggior favore la prole, anche l' adulterina. Contra questo argomento, di cui è temerità negare il valore, ove il fatto sia vero, si fanno varie obbiezioni. Domandasi in primo luogo, dove sia mai, che in quella decretale si assicuri la concession di siffatti rescritti? Anzi Innocenzio III vi niega il rescritto al Conte di *Mompellier*, che il chiedeva per suoi figliuoli. Rispondiamo, che bisogna distinguere il caso particolare dalle massime e dalle conseguenze di quella decretale, di cui giova fare una più sincera sposizione, che non è quella del nostro competitore.

§. XLIII.
Sposizione della decretale, *Per venerabilem*. Supplica del Conte di *Mompellier*.

Guglielmo, Conte di *Mompellier*, aveva di propria

pria autorità scacciata da se *Matilde* sua moglie, nipote dell' Imp. *Manuele* di *Costantinopoli*, e toltane temerariamente altra, ed avutine de' figliuoli. Ricorre egli al Papa, di cui era vassallo non immediato, ma in secondo grado, implorando un rescritto di legittimazione per costoro. Nella supplica accenna degli esempj di adulterini legittimati dalla sede apostolica per rispetto alle cose spirituali. Aggiugne, che molto più possa il Papa farlo nel temporale, perchè da men dello spirituale. Dice, che ciò non aveva difficoltà nel patrimonio di *S. Pietro*, dove il Pontefice era anche principe indipendente. Allega alfine in esempio un recente rescritto di legittimazione, conceduto dallo stesso Innoc. III a *Filippo Augusto*, allora Re di Francia.

§. XLIV. Esempio de' figli di Francia.

L' esempio del Re era in questi termini. *Filippo Augusto*, per affinità, che diceva di avere colla Regina sua moglie, figliuola del Re di *Danimarca*, avea fatto dichiarar nullo il suo matrimonio dall'Arcivescovo di *Reims*; e menato indi in nuova moglie una figliuola del Duca di *Moravia*, o di *Dalmazia*, secondo altri, con cui avea procreato de' figli. La Regina si dolse al

H 2 Pa-

Papa della sentenza. La sentenza *cassata fuit propter judiciarium ordinem non servatum ;* e furono destinati altri giudici. Intanto nella dubbietà dello stato de' figliuoli, la quale non sarebbe prima cessata dell' evento del nuovo giudizio, ottenne il Re dal Papa la legittimazione della prole. Così era passato il fatto del Re di Francia.

§. XLV.
Risposta del Papa.

Il Papa nel caso del signore di *Mompellier* trovò due circostanze contrarie al desiderio di quello, una nella causa, l' altra nella persona. I. Aveva egli osato dimettere di sua autorità la prima moglie senza giusta cagione di divorzio ; e menarne altra, in *contemptum Ecclesiae*. II. Il Conte, benchè fosse vassallo della chiesa di Roma in secondo grado, aveva altro superiore immediato, a cui dovea ricorrere nel temporale; laddove il Re di Francia, che non riconosceva superiore, avea potuto sottomettersi, senza altrui pregiudizio, al potere del Pontefice. Però il Papa rigettò la domanda, fintantochè *et culpa levior, et jurisdictio liberior ostenderetur*, come nota Pietro di Marca in un dotto comento, che fa alla decretale *Innocenziana* (1).

Dal-

(1) *De concordia* &c. *Lib.* I, *cap.* III.

§. XLVI.
Massime della detta decretale.

Dalla serie del fatto e dal tenore della decretale derivano varie osservazioni. 1. Si dà per certo dal ricorrente, che la sede apostolica, *diversis causis inspectis, cum quibusdam minus legitime genitis, non naturalibus tantum, sed ADULTERINIS etiam, dispensavit ad actus spirituales*. Donde si ricava dal medesimo ricorrente, *quod super hoc apostolica sedes plenam habeat potestatem*. Il Papa non rivoca in dubbio questi fatti, *nec negat se plenam habere potestatem &c.* come avverte il BOEHMERO (1). 2. Vi si contiene, e le parole sembrano anzi essere del Papa, che dell' oratore; *quod id in patrimonio Beati Petri libere potest apostolica sedes efficere*, cioè così in quanto agli atti temporali, come agli spirituali, per essere ivi sovrano il Pontefice. 3. Il Papa ammette, che il Re *Filippo* avrebbe potuto egli stesso legittimare per rescritto i suoi figliuoli, *non tamquam pater cum filiis, sed tamquam princeps cum subditis*: diritto poco dipoi praticato dal nostro Re ed Imp. *Federigo* II, a pro di *Manfredi* suo figliuolo (2). 4. Se egli il Papa aveva legittimati nel

(1) *Jus eccles. Lib.* IV, *tit.* XVII, §. XXX.
(2) ALTESERRA *ad decret. Innocen.* III.

nel temporale i figliuoli di *Filippo*, lo avea fatto, perchè quel Re, che non conosceva superiore, s'era sottomesso volontariamente a lui. 5. Tai rescritti non si davano, nè doveansi dare così alla cieca, ma *causis inspectis*; il che punto non deroga al favore, che per dritto canonico si stende agli adulterini, poichè il diritto civile non porge nè modo, nè esempio alcuno di loro legittimazione. 6. La negativa data al Conte di *Mompellier*, prescindendo dal difetto di giurisdizione del Papa, fu giustamente appoggiata alla tracotanza di quell'uomo, che aveva operato *in contemptum Ecclesiae*. Potrassi più ora da questa particolar negativa trarre argomento da distruggere tutta la dottrina affermativa della decretale, e negare la introduzione de' rescritti di legittimazione per gli adulterini?

§. XLVII. Obbiezione dalle ultime sue parole.

Ma la stessa decretale (si ripiglia) dichiara gli adulterini incapaci di ogni legittimazione, colà verso la fine, dove dice, che tutte le leggi gli detestan del pari: *Testante Domino, quod manzeres & spurii usque ad decimam generationem in ecclesiam non intrabunt; canone vetante tales ad sacros ordines promoveri; saecularibus quoque legibus*

non

non solum repellentibus eos a successione paterna, sed negantibus ipsis etiam alimenta.

§. XLVIII. Risposta.

Queste parole sono dette con maggiore enfasi, che esattezza, e per una giustificazione oratoria della negativa al Conte di *Mompellier;* poichè prese alla lettera, sarebbero in contraddizione con tutto il contesto della decretale; e quel, ch'è più, proverebbero troppo, anche contra i non adulterini, de'quali non si fa quistione. Infatti i *manzeri* esclusi dal santuario fino alla decima generazione, sono anche i figli del semplice meretricio, come si dice nel *Deuteronomio*, donde quel luogo è tolto. *Non ingredietur manzer, hoc est de scorto natus, in ecclesiam Dei* (1). Così la vulgata. Ex πορνης γεγεννημενος, che val lo stesso, si legge presso i Settanta. Lo stesso significato avea la parola ne'tempi di mezzo:
Manzeribus scortum, sed moecha nothis dedit ortum.
Così in alcuni versi leonini, recati dal Ducancio (2). Similmente quei, che i canoni escludono dagli ordini sagri, non sono i soli adulterini. Due

(1) *Cap.* XXIII.

(2) *Gloss. lat.* V. *Manzer.*

Due canoni del secolo XI si trovano, a' quali può alludere Innoc. III, poichè ad essi si riporta espressamente nelle sue epistole, come a' primi in questa disciplina, ignota a' secoli più antichi (1). Il primo è del concilio di *Poitiers* in Francia. *Ut filii presbyterorum & caeteri ex fornicatione nati ad sacros ordines non promoveantur* (2). Il secondo è di Papa Urbano II. *Presbyterorum filios a sacris altaris ministeriis removemus* (3). Finalmente le leggi civili privano degli alimenti non solo gli adulterini, ma i sagrileghi altresì e gli incestuosi; e per adulterini non intendono i figliuoli d' uom conjugato e di donna sciolta, come erano quelli di *Guglielmo* di *Mompellier*. Ci sembra quindi rigorosamente provato, che le ultime parole della decretale *Innocenziana* non deroghino punto alla legittimazione degli adulterini.

§. XLIX. Uso attuale de' rescritti per gli adulterini.

L' uso de' rescritti a pro degli adulterini è tut-

(1) *Van-Espen*, *Jus eccl. P.* II, *sect.* I, *tit.* X, *cap.* III.

(2) *Cap.* I, *Ex. De filiis presbyterorum non ordinandis*.

(3) *Can.* 1, *Dist.* LVI.

tuttavia in vigore, e conferma la dottrina della decretale, dà cui se ne ripete la origine. I pontefici ne concedono e direttamente e per mezzo de' loro legati. *Legati quidem apostolici facultatis hic tenor est* (scrive BASILIO PONZIO o PONCE): *Concedimus, ut super natalium, etiamsi ex ADULTERIO, incestu, vel nefario aut quocumque illicito coitu, procreati sint, defectibus dispensare, ... valeas* (1). Ad imitazione de' papi, che i primi hanno introdotto questo modo per qualunque sorta di spurii, concedono de' simili rescritti i principi, come osservano il TOMASIO e il BOEMERO; anzi nell' imperio germanico, per loro delegazione, anche i conti palatini (*).

I Ma

(1) *De matrim. Lib.* XI, *cap.*V, § 2, *n.* 16.

(*) *Cum tamen Papa, si ipse per sua rescripta legitimaret liberos illegitimos, non attenderet requisita a JUSTINIANO iis praescripta, qui legitimationem per rescriptum imperiale impetrare volebant, sed indefinite legitimaret quoscumque, quos ipsi placeret, & quoad effectus etiam quoscumque; non mirandum est, quod postea Icti consilia dando regibus & principibus christianis, circa modum le-*

§. L.
Seconda obbiezione. Prima risposta.

Ma ecco un' altra obbiezione. Un rescritto di legittimazione è un privilegio. Dal privilegio alla legge non vale l' argomento, anzi il privilegio suppone una legge contraria.

1. Che il privilegio escluda la legge, è vero, ma negli stessi termini. Se per privilegio è stato Tizio legittimato con rescritto; dunque non c' è legge di legittimazione per rescritto. Ma non è vero, che il privilegio in dati termini escluda la legge in termini diversi. Prima di Giustiniano per esempio si legittimava *per subsequens*, e non *per rescriptum*. Intanto se avesse alcuno ottenuto un rescritto straordinario, simile a quello, che si trova riferito nella L. VII, § 1, D. *De ritu nuptiarum*; non saria certo valuto il dire: Tizio è stato privilegiatamente legittimato per rescritto; dunque non c' è legittimazione per legge. Al contrario il nostro argomento procede in tutto il rigore. Il diritto civile non conosce rescrit-

legitimandi per rescripta, magis respexerint laxitatem juris canonici, quam conditiones a Justiniano huic legitimationi praescriptas. Thomas. *De usu pract. legitim. Cap.* II, §. IV, *not.* A. *Add.* Boehm. *Jus eccl. Lib.* IV, *tit.* XVII, §. XXXI.

scritto di legittimazione per gli adulterini, il canonico sì; dunque il canonico è più indulgente in favor della prole.

§. LI. Altra risposta.

2. Non è vero, che i rescritti di questa fatta sieno *privilegj*. L'opinione autorizzata dalla decretale, che il papa e i principi possan concedergli, tien luogo di legge. Le concessioni particolari sono applicazioni di questa legge. A proposito Basilio Ponce: *Quae legitimatio* (dice, parlando di quella per rescritto), *quamvis absolute dispensatio soleat appellari* (*Cap. Per Venerabilem*), *differt tamen a relaxatione, sive dispensatione, qua in aliquo ad aliquem specialem casum suppletur defectus natalium, quoniam illa simpliciter legitimatio dicitur, haec autem posterior dispensatio quaedam tantum* (1). E il Boehmero: *Postquam ab initio ex plenitudine potestatis arrogata in hujusmodi causis, agere coeperunt pontifices, tandem id, quod extraordinarium ab initio fuit, factum est ordinarium* (2).

(1) *De matrim. Lib.* XI, *cap.* IV, *n.* 1.
(2) *Jus eccl. Lib.* IV, *tit.* XVII, §. XXXI.

§. LII.
Terza obbiezione, a cui si risponde.

Ma (si ritorna) o s'erano, o non s'erano cominciate a permettere le nozze infra gli adulteri al tempo d'Innocen. III. Se non s'erano, quale analogia si trova tra 'l privilegio, e l'ordinaria legittimazione del tutto impossibile per lo divieto delle nozze? Se si eran cominciate a permettere, ch'è il vero, il mezzo straordinario del rescritto suppone inefficaci le nozze a legittimare (1). È facile il ritorcimento di questo dilemma. Durante il divieto delle nozze, il rescritto doveva essere il mezzo unico della legittimazione; e tal mezzo, tutto nuovo per riguardo al diritto civile, dimostra fin d'allora, se allora era in uso, la indulgenza della Chiesa verso la prole comunque nata. Cessato il divieto, il rescritto restò pe' casi, ne' quali non potessero le nozze seguire; com' era quello del Conte di *Mompellier*, al quale vivendo tuttavia la prima moglie, era disdetto il torne altra legittima. Il rescritto della legittimazion de' naturali s'impetrava similmente per diritto civile ne' casi, in cui le nozze seguenti non potessero aver luogo (2).

Di-

(1) Pag. 38.
(2) *Della legittimazione* ecc. §. IX.

§. LIII.
Passaggio alla decretale, *Tanta vis.*

Dimostrata pienamente inutile la retrotrazione sì per l'un diritto, come per l'altro; vendicata la indipendenza e la diversità del canonico in tutto il resto della materia; chiarita vieppiù la splendida ragione, che dal sistema canonico risulta a favor de' figli comunque nati, ed avvaloratala colla introduzione e coll' uso de' rescritti a pro degli adulterini; fa d' uopo rivolgerci alla famosa decretale di Aless. III, per rispondere alle obbiezioni, che si fanno contra la sua interpretazion letterale, la storica, e le autorità di coloro, che l' han meglio intesa.

§. LIV.
Suo vero senso.

La decretale, *Tanta vis*, letta nel suo originale, niega la legittimazione alla prole d' uom conjugato e di donna sciolta, poichè, secondo l' antica disciplina non ancor variata, che vietava le nozze infra gli adulteri, anche senza circostanze aggravanti, i genitori *legitimum matrimonium inter se contrahere non potuerunt*. Tolte queste parole, le quali sono nella decretale intera, ne risulta un discorso pieno di assurdi. Restituendovele, si fa subito chiaro, che la legittimazione è ivi negata, per la mancanza del susseguente matrimonio legittimo, che doveva esserne il mezzo:

zo: posto il qual matrimonio, la sua forza non poteva non produrre l'effetto suo. Nè si possono elle riferire, come dice BEN. XIV in un suo sentimento privato, alla circostanza aggravante delle insidie tese alla prima moglie dell'uomo; perchè elle si riportano naturalmente a tutto il fatto, cioè all'adulterio principalmente, ed alle insidie per una ragione di più. Oltrechè restringendole alla sola circostanza aggravante, rimarrebbe la proposizion principale, che nel senso opposto è durissima, senza pruova; mentre la men principale l'avrebbe. Così si ragionò nella prima memoria (1).

§. LV. Obbiezioni principali.

Agli assurdi, che nascono dalla ommissione di quelle parole (2), l'avversario non ha che rispondere. Al contrario senso, che risulta evidentemente dalla loro restituzione, risponde 1. che la esclusion della legittimazione, oltre la illegittimità delle seguenti nozze ivi espressa, era appoggiata alla impossibilità della retrotrazione, che vi si tace (3). 2. Che per la legittimazione non si

(1) §. XXX-XXXIX. (2) §. XXXII.
(3) Pag. 43.

si può prender ragione dalla proposizion generale affermativa: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti &c.* essendo ella una proposizione distaccata dalla negativa particolare del caso (1). 3. Si suscita un dubbio sul tempo, a cui va riferita la impossibilità delle nozze, se a quello, a cui tutti la riferiscono, e in cui gli adulteri sciolti volevan contrarle tra loro; o a quello del lor commercio illecito, secondo il qual senso non basta il matrimonio susseguente, dove egli non sia stato possibile prima (2).

§. LVI. Risposta alle prime.

Alla *prima* risposta non occorre altra replica, essendosi dimostrata inutile la retrotrazione. Quanto alla *seconda*, io non so intendere, come non si possa trarre ragione dalla regola, ove sieno rimosse le circostanze della eccezione: nè intendo che significhi il *distacco* delle due proposizioni, allorchè elle sieno collegate di senso, come il debbono essere la regola e la eccezione; ed anche di scrittùra, come il sono non solo nel testo, ma nel compendio altresì della decretale.

La

(1) Pag. 43 in fin. e 44.
(2) Pag. 44.

§. LVII.
All' ultima.

La *terza* contiene una interpetrazione, oltrechè nuova, manifestamente falsa, non avendo coerenza colla circostanza aggravante, contenuta sotto il *praesertim*. Dicendosi: *La prole non è legittimata, perchè il seguente matrimonio tra gli adulteri non è legittimo, spezialmente, se abbiano macchinato contra la vita del conjuge rivale*; il discorso procede regolarmente. Sarebbe egli per contrario inconcludente, se procedesse a questo altro modo: *La prole non è legittimata dalle nozze seguenti, perchè queste non potevano aver luogo al tempo, che gli adulteri procrearono quella; spezialmente, se essi abbiano macchinato contra la vita ec.*. Che relazione ha colla impossibilità delle nozze tra due ciascun per se legati, la circostanza di un delitto, che niente aggiugne all' impedimento massimo, nascente dall' altro vincolo, e che facilmente non s' era ancora verificato? Per opposto è visibile, che la detta circostanza era una nuova ragione d'impedimento al matrimonio, dopo tolto il vincolo. Finalmente l' aggiunto di *legittimo*, dato al matrimonio, che si dice impossibile, è manifestamente allusivo a quel matrimonio di *fatto*, che tra gli adulteri sciolti era seguito al loro adulterio.

L' op-

§. LVIII.
Altre obbiezioni e risposte.

L'oppositore non giustifica meglio la interpretazione di Ben. XIV, che riferisce la impossibilità del matrimonio alla sola circostanza aggravante, perchè prossima; imperciocchè la ragione dell' adulterio, che la precede, si dee dire anche prossima (1). Le parole (*Eum spurium & ab hereditate repellendum esse decernas*), che intercedono fra la menzione dell' adulterio e la circostanza aggravante, non separano le due proposizioni, se non nella costruzione gramaticale, che nulla altera la connessione logica delle idee.

Debolissima similmente è la replica, che non sia necessario ne' rescritti il render ragione di tutte le proposizioni (2), molto più delle ricevute; per sostenere contra un' altra risposta data al Lambertini (3), che la impossibilità del matrimonio si possa ottimamente riferire alla sola circostanza aggravante. L' osservazione della replica si trova preoccupata nella risposta. Ed inoltre non è vero, che la

K pro-

(1) *Della legittimazione* ecc. §. XXXVI e XXXVII. *Ragionamento* ec. Pag. 47.

(2) Cit. pag. 47.

(3) §. XXXVIII.

proposizion principale della *illegittimabilità* degli adulterini fosse comunemente ricevuta, e non abbisognasse di pruova. Finchè il semplice adulterio fu impedimento alle nozze, era ella evidente. Ma dipoi, al qual tempo il Lambertini riferisce la decretale, non ebbe altra ragione. Io ritocco rapidamente le cose altrove dette, per evitare le ripetizioni. Ma dove la brevità mi faccia oscuro, io priego i miei rispettabili leggitori di dare un' occhiata a' luoghi, che cito, della memoria principale e del ragionamento contrario.

Finalmente non sono più forti le risposte ad una riflessione, che salva la causa dall'applicazione della decretale, anche nel senso di Prospero Lambertini. Nell'originale si legge condizionata la condanna della prole, *Si pater matre ipsius* PUBLICE *abusus fuerit* (1). Nel caso nostro manca la pubblicità e lo scandalo notorio. Dice l' oppositore, che il *pubblicamente* stia colà messo per l' assicurazione del fatto, poichè se ne ordina la inquisizione; e vaglia tanto, quanto *vera-*

---

(1) §. XLV.

ramente (1) . Quì si scambia a piacere il senso delle parole. La pubblicità bastava, che fosse per rispetto a' vicini ed a' conoscenti delle persone in quistione, senza esserlo per rispetto al vescovo inquisitore. Era quindi necessaria la inquisizione, non ostante la pubblicità. Dice in oltre, che la mancanza della *publicità* nel suo ovvio significato non basterebbe neppure ad indurre il contrario senso, resistendovi la ragione universale non espressa, cioè la impossibilità della già confutata retrotrazione. Dice, che il far dipendere il divieto del matrimonio dalla pubblicità dell'adulterio, rovesci tutto il nostro sistema (2); quasi che non cresca la forza della difesa, quando si faccia nascere la medesima conseguenza da due opposti sistemi, che si dieno uno per vero, l' altro per ipotetico, o per ipotetici ambidue. E ciò basti per riguardo agli argomenti, che nascono dalla lettera della decretale.

§. LIX.
Consenso de' tempi, che precedono, e che prossimamente sieguono ALESSAND. III, intorno al divieto delle nozze fra gli adulteri.

Nella prima memoria fu dimostrato, come le altre decretali dello stesso pontefice, tutti i mo-

K 2

(1) Pag. 56.
(2) Pag. 57.

monumenti canonicì, che il precedono, le decretali analoghe de' papi successori fino ad INNOCENZIO III, confermano il letteral senso della decretale controversa; cioè, che l' adulterio anche senza circostanze aggravanti fosse d'impedimento alle nozze. INNOCENZIO fu il primo, che autorizzò la dottrina men rigorosa, restringendo l'impedimento all' adulterio aggravato dalle circostanze. Nel che seguì egli la nuova opinione di GRAZIANO, divulgata colla *Concordanza* cinquanta anni o in quel torno avanti la sua esaltazione (1).

§. LX.

L'avversario niega e confessa insieme il peso di questo consenso.

L' oppositore niega, che la storia degli antichi canoni, da cui nulla poteva egli augurarsi di buono, sia utile a chiarire la controversia (2); come se la opinione d' un privato abbia potuto di botto alterare la disciplina costante di tutta l' antichità, senza bisogno d' uno spazio di tempo ad accreditarsi. A misura che la contraria disciplina era più antica ed univoca, bisognava un maggior tratto di tempo allo stabilimento

(1) §. XL-LVII.
(2) Pag. 58 e 60.

to della nuova. Ora in questo intervallo è collocato il pontificato di ALESSANDRO III. Ma perchè insistere più oltre su questo punto? se lo stesso oppositore alquante pagine prima avea confessato, che per lo picciolo spazio interposto tra GRAZIANO e quel papa, *comechè costui la sentisse, siccome GRAZIANO insegnava, gli antichi canoni nondimeno erano diversamente scritti* (1), e doveano ancora seguitarsi. Pertanto, sentendo egli, di qual momento sia contra lui l'antica disciplina, non ostante il poco conto, in cui finge talvolta averla, non sa così subito abbandonarla.

§. LXI. Luogo di S. AGOSTINO, malamente applicato.

Egli ricorre al passo di S. AGOSTINO, allegato da BENEDETTO XIV, che fu esposto a suo luogo (2), intorno *all'adulterio, che può cambiarsi in vero matrimonio, morto il marito della donna ripudiata e passata, secondo le leggi del secolo, in braccio ad altrui*. Ma è chiaro, che il caso di S. AGOSTINO, risoluto prima conformemente dal canone IX *Eliberitano* (3), è un caso di

(1) Pag. 49 in fin. e 50.
(2) §. LII e LIII.
(3) §. XLVII e XLVIII.

di eccezione alla regola. E l'eccezione è fondata parte sul vario concetto, che la Chiesa faceva delle nuove nozze seguite al divorzio legittimo, come confessa il medesimo oppositore (1); parte sopra gl' inconvenienti, osservati dall' erudito BERARDI, che sarebbero nati, non sottotraendo dalla regola quel caso (2). La unione contratta con altrui dopo il divorzio s'avea nella stessa Chiesa da chi per contubernio ossia libera coabitazione, da chi per adulterio, da chi per legittimo matrimonio.

§. LXII. Decretali analoghe dello stesso ALESSANDRO III. Capo, *Propositum*.

Da S. AGOSTINO salta di botto l' oppositore a Papa ALESSANDRO III, lasciando sei secoli intatti; i quali per altro sarebbero più, che bastevoli all' uopo. Sei secoli fanno un corso di disciplina da non potere essere in un istante annichilato da pochi tratti di penna d' un privato canonista, qual si fu il monaco GRAZIANO. Del Pontefice ALESSANDRO si leggono nel corpo del diritto tre altre decretali sotto il titolo, *De eo, qui duxit in matrimonium, quam prius per adul-*

(1) Pag. 59.
(2) §. LII.

adulterium polluit; che versano sulla materia della decretale controversa. Un' altra ne reca da private collezioni BENEDETTO XIV. L' oppositore rianda le cose dette sulle medesime dal suo chiarissimo antesignano, e si sforza di sostenerle.

Il capo *Propositum* contiene apertamente il divieto del matrimonio tra loro agli adulteri semplici; *molto più*, se sieno rei delle circostanze aggravanti. La contraria interpretazione del LAMBERTINI è insufficiente, ed è stato dimostrato (1). Il nostro avversario quasi quasi il confessa; e volendo avvalorarla con una sua riflessione, dice, che ALESSANDRO riporta ivi la sentenza de' canoni antichi, non già la sua, che forse era quella di GRAZIANO, per esser passati non più, *che otto anni, dacchè GRAZIANO* avea pubblicata *la sua nuova dottrina* (2). Dunque, ripiglio io, al tempo di ALESSANDRO III, o almeno di questa decretale, la disciplina in osservanza era quella de' canoni antichi; e questo appunto volevamo noi dimostrare.

Sie-

(1) §. XL e XLI.
(2) Pag. 49 in fin.

§. LXIII.
Capo, *Significavit*.

Siegue il capo, *Significavit*, dello stesso pontefice (1). Dice l'oppositore, che in esso sia la circostanza del secondo matrimonio contratto di fatto, costante il primo; la qual circostanza equivale alla promessa anticipata del matrimonio futuro (2). Ma dal tenore del testo non si vede, che la mentovata circostanza abbia influito nella decisione. L' uomo avea sposata una donna sforzato, e tosto lasciatala senza conoscerla. Ne sposa altra. Domanda dopo la morte della prima, se possa continuare nel matrimonio colla seconda. Se così, risponde il Pontefice, la forza usatagli, e la copula non seguita colla prima; non dimetta la seconda. Nel caso opposto, non torni a lei. Nel primo caso è chiaro, che adulterio non vi era stato, per la nullità del primo matrimonio, risultante dalla forza patita e dalla aversione perseverata. Perciò si ammette il secondo matrimonio. Nel caso opposto, vi era stato adulterio, e se si vuole, con circostanza aggravante; ma il Pontefice non ispiega, che per tal circostanza voleva dimessa la seconda donna. Fi-

(1) §. XLII.
(2) Pag. 53.

Finalmente la equiponderanza delle due circostanze, cioè della promessa intempestiva e del matrimonio anticipato, non è più antica di CLEMENTE III (1), che tiene il quinto luogo dopo ALESSANDRO; e suppone nella contrazione del secondo matrimonio tutta quella temerità, che CLEM. descrive nella sua decretale.

§. LXIV. Capo, *Super hoc*.

Al seguente capo, *Super hoc*, allegato da BEN. XIV, fu già risposto, facendo vedere, che ivi la circostanza della fede data non si valuta punto (*sive fidem dedit, sive non*) (2). L'oppositore non soffre, che per rispondere si sia ricorso alla *lettera del testo* da chi per isfuggirla altrove ricorre agli originali (3). Ma dovea l'oppositore riflettere, che altra cosa è il ricorrere allo intero dettato per ispiegare il compendio; altro, il cercare la lezione autorizzata, la quale è sempre l'approvata dal legislatore. Nè la lezione vulgata nel nostro rincontro perde di credito, per

L tro-

(1) *Cap. Cum haberet*, V, *Ex. De eo qui duxit &c.*

(2) §. XLIII.

(3) Pag. 51.

trovarsi in qualche edizione notata in margine di privata mano la variante; poichè questa è rigettata nelle più accurate edizioni, tra cui tien facilmente il primo luogo quella de' dottissimi fratelli Pitéi, fatta sulla fede de' migliori *codici antichi*.

§. LXV.
Pretesa stravagante dello stesso Pontefice. Com' ella possa esser di lui.

L'ultima decretale di Alessandro, che produce Ben.XIV, e dopo lui l'oppositore, è al tutto fuori della collezione autentica (1). Questo solo basterebbe ad averla per sospetta. Ella si trova nell'appendice del concilio *Lateranese* III, dov'è inserito qualche altro apocrifo monumento. Pruova di ciò è la decrètale, *Lex divinae constitutionis*, falsamente attribuita a S. Bened. Papa, siccome insegnano gli eruditi (2). In oltre la seconda parte della opposta decretale, che sarebbe la importante, è abbastanza oscura. Nella prima si ordina la separazione degli adulteri, costando alcuna delle due circostanze aggravanti. Nella seconda si dice: *Quod si neutrum istorum constiterit, in cau-*

(1) Pag. 51.

(2) *Conc. Harduin. Tom.* VI, *par.*II, *col.* 1738. *Adde Berard. in can. Grat. P.*II, *tom.*I, *cap.*LVII.

causa ipsa juxta ecclesiasticam consuetudinem & canonica statuta procedas. Ben. XIV, indovinando cotesti statuti, sospetta che sieno del concilio *Toletano* VI del settimo secolo; e dice trovarsi presso Graziano, nel can. *De his*, caus. XXXIII, qu. II. Ma in questo canone non si trova neppure un rigo di quello o di altro concilio.

Che che sia del vero fra queste incertezze, e data, ma non conceduta la sincerità della decretale in quistione, si può arrischiare una conghiettura. Delle decretali di Alessandro III sono per ordinario ignote le date, come confessa lo stesso oppositore (1). La data comune alle più è l'anno MCLXXIX (2), e altrove l'anno MCLXXX (3). Il primo anno è quello del concilio Lateranese III, in fine del quale se ne ritrova una grande raccolta. Il secondo è l'anno seguente, penultimo del lungo e torbido pontificato di Aless. che durò intorno a 22 anni. La stravagante oppostaci porta la prima di queste due date. Dunque almeno per

L 2 pre-

(1) Pag. 63.

(2) Nell'appendice del concilio Lateranese.

(3) Presso i fratelli Pitéi.

presunzione si dée dire, che ella appartenga al tempo ultimo di Alessandro, e che questi si sia col volger degli anni accomodato alla nuova opinione, fatta ormai adulta, di Graziano. Tanto più, che la decretale, *Tanta vis*, è certamente del suo tempo medio, perchè porta la particolar data del MCLXXIV. Non pare, che si possan diversamente attribuire le nuove massime della incerta decretale all'autore delle altre indubitabili, che contengono l'antica e diversa dottrina. Contrapponendo la privata fede e la scurità della una alla sicurezza autentica ed alla chiarezza delle altre, come si potrebbe più liberalmente procedere, che supponendo abbracciata la nuova opinione nel tempo, in cui doveva ella aver preso alquanto più di vigore?

§. LXVI.
L'avversario ragiona allo stesso modo in altra occasione.

Non ragiona forse allo stesso modo il nostro avversario, allorchè per ischivare l'irrefragabile testimonianza della decretale, *Propositum*, fondata evidentemente sulla disciplina antica, la colloca ne' primi tempi del pontificato del suo autore? ed insinua, essersi Alessandro rimaso di aderire apertamente a Graziano, benchè sentisse come questi insegnava, per essere ancor fresca la costui

stui dottrina (1)? Dunque adottando io la stessa conciliazione, cioè ponendo come prima scritte le decretali, che aderiscono alla disciplina antica, e dipoi la supposta di diversa dottrina, non dico cosa, se non ragionevole, e che non può dall' avversario essere rifiutata.

§. LXVII. Vaneggiamenti dell'avversario per assegnare alla dottrina di GRAZIANO un' epoca più antica.

Quel, che io non posso adottare del suo, si è, che egli crede ALESSANDRO del sentimento di GRAZIANO, anche nel tempo, che sosteneva la disciplina antica; e crede sparsa e già nota la dottrina di GRAZIANO molto prima, che costui la pubblicasse col suo *Decreto*. Ma per qual via è riuscito all' oppositore di penetrare ne' recessi segreti della mente di ALESSANDRO, e di spiarne i pensieri, prima ch' ei gli avesse (sia vero, sia falso) manifestati? Per la via di certi raziocinj, che meritan d'essere ripetuti. Fin dal MCXXVII era GRAZIANO un canonista accreditato, che insegnava in *Bologna*; e S. BERNARDO lo indusse ad imprendere la nuova compilazione de' canoni, che poi il fe celebre. Dunque fin d' allora almeno, benchè indi cominciasse il lavoro, intorno a cui su-

(1) Pag. 49 in fin. e 50.

sudò ventiquattro anni interi, avea già in mente tutto il sistema dell'opera, tutte le sue parti, tutte le dottrine, le opinioni, le conciliazioni, che dovea contenere. Ecco le parole dell'oppositore: *Fu pubblicato nel* MCLI *il suo libro, ma la sua dottrina era già nota;* E QUANDO SI VOGLIA RAGIONAR CON CRITERIO, *si deve situare il nascimento della sua dottrina all'epoca del* MCXXVII, *quando per lo meno era considerato per un valente canonista, e degno di prender l'incarico d'una compilazione de' canoni* (1). Tanto è dunque, secondo l'oppositore, l'esser capace di fare un'opera, quanto l'averla già conceputa intera e nel tutto ed in ciascuna delle sue menome parti. Poichè se questo nol suppone nella sua più ampia significazione, come può inferirne nel particolare, che il tale e il tal punto sia stato fin dal principio in mente del suo autore, qual si legge nell'opera alla sua pubblicazione?

Seguitiamo a vedere, come questa antica e nota dottrina fosse anche fin dal principio saputa e internamente seguita dal Papa, de' cui sentimenti trattiamo? Alessandro privato, ossia allora

(1) Pag. 62.

lora *Orlando da Siena*, professando teologia in *Bologna*, era compagno di GRAZIANO, quando costui compilava la *Concordanza* (1). Dunque fin d'allora sapeva anch' egli tutto ciò, che contenuto avrebbe il libro futuro; e se il sapeva, dunque pienamente vi conveniva. Lo stesso ALESSANDRO godeva la stima di Papa EUGENIO III, e forse prima del LI si trovava Cardinale e Cancelliere di S. Chiesa. Dunque, allorchè in quello anno Papa EUGENIO fece i suoi applausi all' opera di GRAZIANO, e ne ordinò la spiegazione nella università di *Bologna*, il Card. Cancelliere *fu* egli *forse l' autore di tutte* quelle *acclamazioni*, e delle *disposizioni* allor *date* (2). E per l'ultima e la più legittima conseguenza, a cui tende tutto questo discorso, allorchè l' amico Cardinale fu fatto Papa, l'anno MCLIX, il nuovo Papa pensava in ogni cosa, come l'amico autore; ALESSANDRO portava in testa lo spirito di GRAZIANO; e le costui opinioni erano sì antiche e sagrosante per lui, come per tutti coloro, che a *Bologna* lo aveano conosciuto. Chiamasi questo discor-

(1) Pag. 64.
(2) Pag. 65.

scorrere o vaneggiare, parlar da senno o burlare? Allorchè l'avversario così scriveva, non previde, che d'ivi a poco avrebbe detto, come lo stesso ALESSANDRO fu il primo a riprovar da Pontefice un'altra favorita dottrina di GRAZIANO, cioè che il matrimonio non cominciasse veramente, se non dalla consumazione (1).

§. LXVIII.
Sue contraddizioni.

Ma lasciando i lor dispareri, come s'accorda coll' antica divulgazione delle opinioni *Grazianee* ciò, che di sopra diceva lo stesso avversario, per torsi davanti la decretale, *Propositum?* *Così di fatti era dagli antichi canoni stabilito* (egli scrive, cioè che il solo adulterio fosse impedimento alle nozze), *e tale era stata fino a GRAZIANO la disciplina della Chiesa: NON ERAN, CHE OTTO ANNI, DACCHÈ GRAZIANO PUBBLICÒ LA SUA NUOVA DOTTRINA; QUANDO ALESSANDRO FU CHIAMATO AL PONTIFICATO* (2). E finalmente con qual pazienza si può udire lo stesso oppositore, allorchè parlando egli di questi stessi otto anni, che nella memoria impugnata da lui si eran

(1) Pag. 74 e 75.
(2) Pag. 49.

eran contati tra la nuova dottrina e il pontificato di ALESSANDRO, per ispiegare come quella non fosse stata sì tosto seguita (1); dice: *Si misura male nel nostro proposito l' intervallo dall'epoca della pubblicazione del decreto di* GRAZIANO *alla promozione di* ALESSANDRO *al pontificato. È un manifesto errore il volersi limitare a questi due estremi* (2). *Corsero dall' uno all' altro estremo* (vero) *trenta, quaranta e forse in maggior numero gli anni* (3). O otto, o trenta, o quaranta e più anni, o vecchia e nuova dottrina, o Papa ALESSANDRO, o Dottor *Graziano!*

§. LXIX. Decretali di CLEMENTE III.

Di CLEMENTE III, pontefice successore, furono allegate nella memoria principale altre due decretali dello stesso titolo, per far vedere, come anche per alcun tempo dopo ALESSANDRO III, la disciplina si tenne ne' termini antichi (4). S'è opposto, che nell'uno e nell'altro caso sia la circostanza del matrimonio anticipato, vivente la

M pri-

(1) §. LX.
(2) Pag. 61.
(3) Pag. 64.
(4) §. LXII e LXIII.

prima e vera moglie dell' uomo (1). In quanto al primo caso rispondiamo, che il testo non esprime tal circostanza. Dice solo, che l'uomo *aliam superinduxit*; espressione, che può ben significare anche un semplice pellicato. Rispondiamo in oltre, che se anche vi fu apparenza di matrimonio, ella è scusata dal divorzio della prima moglie, che sorpresa in adulterio si andò a chiudere in un chiostro (2). In quanto all'altro caso, il secondo matrimonio pubblicamente contratto tra gli adulteri, vivente la moglie legittima dell'uomo, si vede punito con particolar pena, ossia colla *perpetua continenza* imposta all'uomo. E della separazion dalla concubina non si dà altra ragione, che l'antica disposizione canonica, fondata nel solo adulterio.

§. LXX. Altra di CELESTINO III.

Alle dette due decretali se ne aggiunse una altra di altro titolo (3), dove CELESTINO III, della cospirazione delle mogli cogli uccisori de' ma-

(1) Pag. 65 e 66.

(2) *Cap. Ex litterarum*, IV, *De eo, qui duxit*, &c.

(3) *Cap. Laudabilem* I, *De convers. infid.*

mariti, seguita dall' effetto, fa un nuovo impedimento di nozze tra loro, ancorchè senza precedente adulterio. Ella fu recata per far vedere, come nel principio la dottrina di Graziano in vece di allargare la disciplina, servì a restringerla; dando alle circostanze aggravanti quel peso, che prima non avevano, senza toglierne punto all' adulterio solo. Esempio di ciò appunto è la disposizione di Celest. III, intorno alle insidie disgiunte dall' adulterio. L'oppositore ha detto di non intendere, a qual fine quello esempio fosse stato allegato (1); perchè non si ricordava, che nello allegarlo se n'era avvertita la differenza dagli altri, e l'uso (2). Ma ciò non dee far maraviglia, poichè egli non di rado dimentica le stesse sue proposizioni.

§. LXXI. Altra contraddizione dell avversario.

E senza uscire da questa discussione, da lui diretta a dimostrare, che la dottrina di Graziano salì tosto con Aless. III sulla cattedra di Roma, si sarebbe egli astenuto d'imprenderla, se si fosse rammentato, che parlando della decretale di In-

M 2

(1) Pag. 66.
(2) § LXIV e LXV.

Innocenzio III, epoca vera, secondo noi, della nuova disciplina, avea confessato: *Dopo questa decretale per consenso di tutti i canonisti restò consolidata la dottrina di Graziano* (1). Dunque in vano ne ha egli cercato lo stabilimento nelle precedenti decretali; e prima d'Innoc. dovè quella per lo meno essere molto incerta e dubbiosa. A proposito ciò, che scrive il Van-Espen. Nel corso del secolo XII e XIII, dic'egli, l'autorità di Graziano venne crescendo in modo, che appresso di rado si ripetè altronde la norma della disciplina. Alessandro III nel secolo XII cominciò non oscuramente a gustare la dottrina delle circostanze aggravanti (restringendo però, non allargando la disciplina), come appare dal maggior peso, che loro attribuisce nel capo, *Propositum* (senza nulla detrarre all'adulterio semplice). *Sed apertius subsequentes pontifices eam admisere: quin et definierunt, legitimum esse matrimonium adulteri cum adultera post mortem legitimae uxoris; nisi alter eorum in mortem uxoris defunctae fuerit machinatus, vel ea vivente, sibi fidem dederit de matrimonio contrahendo. Uti respondit et defi-*

(1) Pag. 39.

finiit INNOCENTIUS III, *quae definitio et responsum pro jure hodie recepta est* (1). Come dunque prima di questa definizione poteano essere ammesse per mezzo valevole di legittimazione nozze sì incerte e sì contrastate?

§. LXXII. Obbiezioni contra le autorità allegate.

Io scorro leggiermente quel, che s' è opposto alle autorità allegate nella memoria principale, in sostegno della dottrina colà dimostrata, e quì difesa. Dovrei altrimenti impacciarmi in molte minuzie tediose, che farebbero una lettura molto più ingrata. Mi restringo ad un fatto, e ad una riflessione, che abbatteranno radicalmente le opposizioni. Elle si possono ridurre a due capi, a poca esattezza, di cui si procura di far sospette le citazioni degli autori cattolici a noi favorevoli; ed a molta temerità, che si affetta di vedere nell' uso fatto de' protestanti.

§. LXXIII. Mala fede, con cui si scansano le autorità cattoliche.

Della prima accusa se ne dà un solo argomento, dicendo che con ingiustizia si annoveri il CUJACIO tra i *Boemeriani* (2). Il CUJACIO si dà

(1) *Jus eccl. Par.* II, *sect.* I, *tit.* XIII, *cap.* VIII.
(2) Pag. 68.

-dà da noi, come l'antesignano della dottrina dello Strikio, del Tomasio, del Boemero (*). In pruova della usata ingiustizia si recano del Cujacio queste parole: *Aliam esse rationem liberorum susceptorum ex pellicatu, sive adulterio, puta ex alia muliere, viva uxore legitima. Hi non fiunt legitimi per subsequens matrimonium, ut putà post mortem uxoris legitimae cum pellice contractis nuptiis*. Ma perchè si sopprimono, le parole, che seguono immediatamente? *QUIA, UT EST IN ANTIQUA DECRETALI, CUM EA, QUÆ FUIT PELLEX, LEGITIMUM MATRIMONIUM NON EST, maxime &c.* (1). L'accusa dunque d'inesattezza e d'ingiustizia si rivolge in accusa di mala fede contra l'accusatore.

§. LXXIV.
Inconseguenza dello avversario, allorchè rifiuta le autorità de' protestanti.

Quanto all' uso delle autorità de' protestanti, si dice, che la loro *interpretazione* sia *giustamen-*

(*) §. LXXII. Il Boemero ha trattato la quistione più distesamente; ma il Tomasio l'aveva fatto prima con molta diligenza (*Dissert. de usu practico legitimationis*); e lo Strikio prima di tutti e due (*Us. mod. Pandect. Lib.* I, *tit.*VI, §.12).

(1) *Ad cap.* V *et* VI *Decretal. De eo qui duxit &c. in fine*.

mente censurata dagli osservatori della disciplina (1); ed il loro uso meritevole di biasimo per impugnare le sentenze della giurisprudenza canonica, comunemente fra gli ortodossi ricevute (2). Ma non aveva assunto egli stesso l'oppositore, che la Chiesa non ha potere legislativo nella materia della legittimazione; che vi ha esercitato per annuenza de' principi il solo giudiziario (il quale oggi è stato anche restituito alla potestà civile); che o *il giudice laico ne avesse deciso* o *l' ecclesiastico*, la materia dipende per se stessa dalla potestà temporale (3)? E non è egli una inconseguenza il domandare della religione di quei, che il trattano, in uno articolo, che tutto si dà per civile? Noi ne abbiam ripetuti i principj dal diritto canonico, per lo accidente, e non per la natura della cosa; perchè in questa materia ci manca altra giurisprudenza adattabile agli odierni costumi; perchè i pontefici, trovatala, per così dire adespota, l'hanno preoccupata al pari di tanti altri punti meramente civili; perchè i princi-

pi

(1) Pag. 43.
(2) Pag. 45.
(3) Pag. 25 e 26.

pi ed i popoli, trovatala ben regolata da costoro, l' han ricevuta volontariamente dalle lor mani. Con altra ragione si dolse Bened. XIV, che l'Arcivescovo di *S. Domingo* avesse preso il partito del Boemero. Egli riguardava la materia, come propria del diritto canonico e del giudice ecclesiastico. Ma dove la diversa polizia l' ha revindicata alla potestà civile, e soprattutto per chi riconosca in ciò il diritto di questa ultima, è puerile (*) il cercare, se le autorità, che si allegano, sieno del calvinista o del luterano.

(*) Questo epiteto è usato ad imitazione dell'avversario. Pag. . . .

{ II }

Imperfezione del matrimonio soltanto rato. Influenza di tale imperfezione nella quistione.

§. LXXV. Argomento della seconda parte.

Tutta la disputa sin quì fatta suppone rato, valido e consumato il primo matrimonio dello uomo, da cui si prende argomento di negar la legittimazione alla prole nata fuor d' esso. Dopo questa si passa nella prima memoria ad altra ipotesi, che tiene un luogo di mezzo fra la total finzione e la verità. È fuor di dubbio, che quel matrimonio non fu consumato; è certo in oltre per argomenti invincibili, che fu anche nullo. Nel supporlo adunque valido, ma non consumato, ch' è la seconda ipotesi, si contiene e del vero e del finto.

In quest' altra supposizione fu assunto, che il matrimonio, a cui manchi la consumazione, sia per altro valido e vero, ma non perfetto: è che tale imperfezione, siccome il rende in molte cose di niun conto, così spezialmente faccia, ove si tratti di qualificare il commerzio carnale tra persona legata in matrimonio non mai consumato, ed altra al tutto sciolta; e di definire

 lo

lo stato de' figli di tal commerzio. L' oppositore combatte l'una e l'altra cosa. Veggiamo, chi abbia meglio conseguito l' intento suo.

§. LXXVI.
Differenze certe tra 'l matrimonio rato e 'l consumato.

Nel matrimonio non consumato manca la significazion mistica della unione di CRISTO S.N. colla Chiesa, di cui è segno il matrimonio, come sagramento. Manca la perfetta indissolubilità del vincolo, poichè si scioglie certamente per la professione religiosa. Manca la efficacia d' impedire le seconde nozze colla sorella della prima moglie non conosciuta. Non fa ostacolo di digamia, per prendere gli ordini sagri, al vedovo di una vedova, che fosse vergine, quando la tolse; o al vedovo di due mogli, di cui una gliene sia morta intatta. Tutte queste cose son dimostrate nella prima memoria (1); son confessate nel contrario *Ragionamento* (2), anzi con qualche giunta, che or ora vedremo.

LXXVII.
Se si possa dire *imperfetto* il rato.

Non si può negare, che le dette cose inducano altrettante differenze tra 'l matrimonio rato e il

(1) §. LXXV-LXXVIII.
(2) Pag. 78-82.

e il consumato ; ed una grandissima , la loro somma . Diversificati a questo modo tra loro, come gli qualificheremo correlativamente , come chiameremo l' uno per rispetto all' altro ? Nella precedente memoria è chiamato *imperfetto* il rato ; il consumato , *perfetto* . L'autore del *Ragionamento*, odiando forse le imperfezioni , vuole più tosto , che si dica perfetto all'uno , e più perfetto all' altro (1) ; disputa , che io non so, se sia di parole o di cose . Nondimeno , come tutta la quistione sente del teologico, ed i teologi non passano così facilmente le parole , conviene giustificare la cosa e la espressione .

LXXVIII. Così il chiama il BELLARMINI.

Ed in prima egli è stato chiamato *imperfetto* il non consumato dietro l'autorità , non ricusabile da'cattolici, del BELLARMINI (2) . Risponde l'oppositore, che la dottrina di quel Cardinale *conduca ad un' idea diametralmente opposta* (3) . In quanto alla idea , eccola . Quel valente teologo dice , che differiscono il consumato e il rato , *sicut differunt*

N 2

(1) Pag. 77.
(2) §. LXXV.
(3) Pag. 78.

runt homo, cui non deest ulla pars integralis, et homo mancus, surdus vel caecus (1); differenza, ch' ei dà per media tra la essenziale e l' accidentale, e che riferita nella prima memoria, è dispiaciuta all' oppositore, per non averla creduta del BELLARMINI. Or domando io, se il cieco, se 'l sordo, se 'l monco si dican perfetti o non perfetti individui? Ma lasciamo le illazioni, ecco le parole del BELLARMINI: *Differre sicut perfectum et imperfectum*. E poco appresso: *Dico matrimonium ratum esse verum sacramentum, sed non perfectum, quoad omnem significationem*.

§. LXXIX. L' avversario ci riporta ad altro luogo del BELLARMINI, che si rivolge contra di lui.

Ripiglia l' oppositore, che il BELLARMINI riguarda nel matrimonio due vincoli, l' un procedente dal consenso, l' altro dalla commistione de' corpi; e che il primo non si possa dire imperfetto, comechè la giunta dell' altro il faccia doppiamente perfetto, appunto come i fratelli unilaterali *non son meno congiunti* de' germani, *quantunque per un vincolo solamente* (2). La dottrina del doppio vincolo è veramente del BELLAR-

(1) *De monachis, lib.* II, *cap.* XXXVIII.
(2) Pag. 78, e nota 2.

LARMINI, e nella prima memoria si legge allegata (1). Ma la illazione è falsa; falsa secondo la mente del suo autore, poichè dove una cosa abbia ordinariamente, come *due*, non si può dire perfetta, avendo straordinariamente, come *uno*; falsa secondo il letterale insegnamento del medesimo autore, di cui si sono udite le proprie parole; falsa, secondo l' esempio del nostro oppositore, il quale pruova contra di lui. Ne' fratelli si dee considerare la congiunzione in genere, e la fraternità in ispecie. Alla congiunzione basta una sola origine comune; e quindi gli unilaterali son congiunti perfettamente. La fratellanza per opposto nel suo ordinario significato importa la comunità di ambi i genitori. Dunque la fratellanza unilaterale è imperfetta verso della bilaterale. Anzi un gramatico troverebbe la dimostrazione di ciò nella stessa parola, poichè *germano* significa in altro senso *vero* e *sincero* (*): e son forse stati chiamati *germani* i fratelli per ambi

(1) §. LXXV, in fine.

(*) *Nos veri juris* GERMANÆQUE *justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus*. Cic. III. *Off.*

ambi i lati congiunti, quasi volendogli dire veri e perfetti fratelli, a differenza de' consanguinei e degli uterini. È finalmente una pretta contraddizione ne' termini il dire, che gli unilaterali *non son meno congiunti* de' germani, *quantunque per un vincolo* solo, non per due. Mentre si niega degli uni il *meno*, si afferma degli altri il *più*.

§. LXXX.
S. Tommaso, Innoc. III. il catechismo rom. sono per lo *imperfetto*.

Ma tornando a' teologi, aggiunghiamo una autorità di molto maggior momento, che non è quella, comechè grande, del Bellarmini; e vogliam dire di S. Tommaso. *Ad tertium, dicendum* (son sue parole), *quod conjunctio matrimonialis ante carnalem copulam est quid imperfectum* (1). E maggiore finalmente dell' autorità di S. Tommaso è quella d'un pontefice, il quale dichiara, essere un *difetto di sagramento* in quei matrimonj, che non rappresentino pienamente la mistica congiunzione di CRISTO colla Chiesa; congiunzione, che, come dice egli stesso, non è rappresentata da quel matrimonio, a cui non sia seguita la commistione de' corpi (2). *Difetto* ed *imperfezione* son mani–

(1) *In IVm Sententiar. Dist.* XXVII, *qu.* I, *art.* III.
(2) *Cap. Debitum*, V, *Ex. De bigamis non ord.*

nifestamente sinonimi. *Perfetto* all' incontro, non *doppiamente perfetto*, come vorrebbe il nostro avversario, chiama il catechismo del *Tridentino* quel matrimonio, a cui niuna delle cose ordinarie manchi, fra le quali si è la consumazione. *Quamvis haec omnia in* PERFECTO *matrimonio insint, consensus videlicet interior; pactio externa verbis expressa; obligatio et vinculum, quod ex ea pactione efficitur; et* CONJUGUM COPULATIO, *qua matrimonium consummatur; nihil horum tamen matrimonii vim et rationem proprie habet, nisi obligatio illa et nexus, qui conjunctionis vocabulo significatus est* (1).

§. LXXXI. L'avversario, che ne niega la imperfezione in parole, ci porge un grande argomento per confermarla.

L'aggiunto dunque d'*imperfetto*, dato al matrimonio soltanto rato, ci sembra giustificato pienissimamente. Ma che diremo, se il nostro avversario, a cui fa ombra questa parola, nella cosa scorre più oltre di noi, e detrae al matrimonio rato molto più, che dietro le più sicure guide noi non facciamo? Noi riconosciamo un sol modo di sciogliere il matrimonio rato, ch'è la professione monastica fra due mesi. L' oppositore è con noi in un

(1) *Par.* II, *de sacram. matrim.* N. 5.

un luogo. *Dalla vita monastica infuori non v' è altro mezzo ammesso da' canoni per risolvere il vincolo del matrimonio rato* (1). Anzi egli osserva, che i canonisti riconoscono nel *vincolo del semplice consenso la tacita condizione di poter prima della copula resilire* ecc. (2). Il che non veggiamo, come s' accordi col dire, che *ciò non alteri punto la perfezione e la indissolubilità di quel vincolo* (3). Egli è, come se si dicesse: *È solubile in un modo, ma insolubile per qualunque modo*. La condizione aggiugne un nuovo argomento alla imperfezione, che dal detto capo di dissolubilità noi tragghiamo. I contratti condizionali non si perfezionano prima dello evento della condizione (*).

§. LXXXII. Anzi egli aggiugne un nuovo capo d'imperfezione, non ammesso da noi.

Ma il medesimo oppositore, come gli nacque il

(1) Pag. 80.

(2) Pag. 79.

(3) Pag. 81.

(*) *Conditionales venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. L. VII, D. De contrah. emptione.*

il bisogno alquante pagine appresso, di *sostenere nel pontefice* la facoltà di sciogliere per dispensa il vincolo del matrimonio rato, non dubitò di ammettere quest'altro modo (1); nulla brigandosi della restrizione, a cui s'era poco prima obbligato. Anzi per rendere più probabile questa facoltà da lui sostenuta, chiama in suo soccorso la *probabile* opinione, che il vincolo del matrimonio rato sia di diritto umano, non già di divino (2); opinione di quella probabilità, cui basta a formare, secondo gl' introduttori di questa logica, il sentimento d'un pajo di scrittori, e anche di un solo, tuttochè contraddetto da tutti gli altri; ed alla cui ombra si sono insegnate le più rilassate e le più perniciose dottrine (3). Ma ponendo per ora da banda il merito di quella sentenza, e ragionando *ad hominem* contra dello avversario, discorro così: Chi dice matrimonio cristiano, dice matrimonio indissolubile per diritto divino. Il rato è dissolubile per più cagioni, una delle quali è la dubbia origine della sua fer-

O mez-

(1) Pag. 108, per tutto il §. II.
(2) Pag. 111, e la nota 1.
(3) *Les provinciales. Lett.* V.

mezza. Dunque se il rato è un matrimonio cristiano, lo è molto incertamente e molto imperfettamente (*).

Ag-

(*) Il *vincolo divino* non ripugna alla *imperfezione* del matrimonio rato. Il vincolo matrimoniale, qualunque sia il diritto, che ne prescrive la fermezza, procede da due principj di fatto umano, dal consenso e dalla copula. A quel del rato manca il principio della copula. Secondo il Bellarmini, son due vincoli distinti, il consensuale e il carnale; il che importa la stessa cosa sotto diverse parole. Ciascuno di questi vincoli può essere di umano e di divino diritto. Sarà dunque *imperfetto* il rato, perchè il suo vincolo procede da un principio solo; ma questo vincolo è garantito dal diritto divino. Sarà *imperfetto* il rato, perchè ha il solo vincolo, che congiunge gli animi, non quello, che congiugne i corpi; ma quel vincolo ha benanche in suo sostegno il diritto divino. La dissolubilità del rato per lo ingresso in ordine religioso, non ripugna neppure alla qualità del vincolo: poichè i più gravi teologi ripetono quella dissolubilità da divina rive-

§. LXXXIII. Autorità d'IGMARO da lui adottata, che importa molto più della imperfezione da noi detta.

Aggiungasi in fine, che un luogo del celebre IGMARO, recato nella precedente memoria, in proposito di questa imperfezione (1), si dice dall' oppositore appartenere più direttamente alla quistione della qualità del vincolo (2). Ma se IGMARO, secondo lui, dice il più, non s' è bene argomentato, usando della sua autorità per lo meno? Del resto l' Arcivescovo di *Reims* parla colà in generale, e d' un modo, che preso alla lettera distruggerebbe tutta la forza del matrimonio rato. Giunge egli a negare, che si possa dir matrimonio con una donna non conosciuta. *Nec pertinere poterit illa mulier ad matrimonium, cum qua docetur non fuisse commixtio sexuum* (3). L' oppositore non rigetta questa dottrina, e si duole, che si sia detto imperfetto il

O 2 sol-

velazione. Il diritto divino, che vuol fermo il vincolo del rato in tutti gli altri rincontri, il risolve in quel caso solo. E tale eccezione, che si verifica soltanto nel rato, è un argomento, ch' e' sia men perfetto del consumato.

(1) §. LXXX. (2) Pag. 112.

(3) Dopo il concilio *Tullense* II, presso il P. ARDUINO, tom. V, col. 521.

soltanto rato sull' autorità de' pontefici, del Bellarmini e di S. Tommaso? Chi de' due s'è tenuto ad un segno più misurato nella cosa, e chi ha più conseguentemente parlato?

§. LXXXIV. Influenza della imperfezion del matrimonio rato nella nostra quistione.

Ma quale influenza ha la dimostrata imperfezione del matrimonio rato nella sorte della prole venuta al mondo, durante l' ostacolo di tal matrimonio? Qual relazione vi hanno le canoniche disposizioni, che fondano gl' impedimenti di digamia e di affinità, non nel consenso matrimoniale, ma nel concubito? Le dette cose vi hanno tutta la influenza e tutta la relazione. Dove la disgrazia de' figli non nasca, se non da una data colpa de' genitori, come la opinione del Lambertini porta; una circostanza, che sgravi del più vizioso quella colpa, non può non essere salutare alla prole, non può non partorire una eccezione alla regola, chiamando così la contraria sentenza; tanto più, che lo stesso Bened. XIV la limita anche per circostanze accidentali e indifferenti, come fu dimostrato nell' altra memoria (1). Il più vizioso della fornicazione dello uom

(1) §. LXXXIV.

lo uom conjugato è la *division della carne*, secondo il linguaggio de' canoni; è la *effusa concupiscenza*, secondo il linguaggio delle leggi (1); è la intemperanza smodata, non contenta d' un solo sfogo; al quale eccesso non dà luogo un matrimonio imperfetto per mancanza di copula. Ecco la relazione, l' analogia, che hanno col nostro caso tutte quelle disposizioni canoniche, che ripongono gl' impedimenti, de' quali s' è di sopra parlato, nella copula matrimoniale, e non nel consenso. Anzi senza la effettiva *division della carne*, non si dà vero adulterio, nè prole adulterina, come anche fu dimostrato (2). Ma se nel fatto (risponde l' oppositore) non si vede la intemperanza, egli contiene la leggerezza; e lascia sempre il sospetto, che voglia l' uomo esercitare i suoi diritti sopra la sposa. Replichiamo, che la leggerezza è una colpa diversa; e che il possibile non è materia delle leggi penali.

§. LXXXV. Inconcludente argomento dell' avversario per dire adulterino il commercio tra donna sciolta ed uomo unito in matrimonio soltanto rato.

Per dimostrare, che si possa dare adulterio senza effettiva *division di carne*, ricorre finalmente

(1) *Nov.* LXXXIX, *cap.* XII, §. 5.
(2) §. LXXXI.

te l' avversario ad un suo nuovo argomento, e dice: Dubitavasi un tempo, se seguendo ad un matrimonio rato un altro consumato, dovesse prevalere il primo o il secondo. Ma Papa Alessandro III, e dopo lui Innocenzio III (1), decisero positivamente in favor del primo, dichiarando nullo il secondo. Ha l' avversario tanta fiducia in questa definizione, che non dubita di metterla nelle nostre mani, per farne trarre a noi stessi la illazione, che egli ci predice fatale. Ma io non mi sento la virtù di cavare una conseguenza da premesse, che non la contengano, appunto come le ostetrici non hanno quella di far partorire chi non sia gravida. Quei pontefici han definito, che il secondo matrimonio sia inutile, che la copula sia illecita; ma non è già, che l'abbiano ivi dichiarata adulterina. Questa quistione è lasciata intatta in quelle decretali: il volerla decidere con quei testi è un' aperta petizion di principio. Anche i semplici sponsali *per verba de futuro*, aggiungono una qualità alle infedeltà della sposa, che le rende atrocemente ingiuriose allo sposo; ma non per que-

(1) *Capp.* III *et ult. Ex. De sponsa duorum.*

questo le fanno adulterine, nè adulterini i lor frutti, secondo il diritto oggidì ricevuto (1).

§. LXXXVI. Varj gradi di fornicazione. Al commercio detto di sopra manca la caratteristica dello adulterio.

Contra tanti argomenti, che sostengon la più benigna sentenza, qual giudice vorrà caricarsi della più dura, in un articolo, che interessa lo onore e la sorte de'rei insieme e degl' innocenti? Lasciamo agli stoici la stranezza di giudicare eguali tutti i peccati. Una filosofia meno sofistica, una religione più fatta per l'uomo, c'insegnano, che ogni peccato ha la sua particolar misura di malizia; che ogni genere di peccato ha la sua gradazione e le sue spezie; che le pene debbono essere in ragione della nequizia, che le colpe contengono, e del disordine, che producono. Adulteri (dice S.Agostino) sono coloro, che trascurando le proprie mogli, si uniscono a donne estranee; ma meno adulteri quelli, che lascian le proprie per infedeltà, che ne abbiano ricevute (2). Dove nota Graziano, che *sunt in fornicatione gradus*, e ne forma una scala (3). Il sommo grado è di colui, *qui uxorem ha-*

(1) *Sanchez*, *de matrim. Lib.*I, *cap.*II, *n.* 6-8. *Add. Gomez ad LL. Tauri*, LXXX, *n.* 47.

(2) *Can.*X, *Causs.* XXXII, *qu.*VII. (3) *Ibi.*

habens ad conjugem proximi sui accedit. Quì è il doppio adulterio canonico, che comprende anche il civile. Ciascuno de' due divide la sua carne con più. Appresso viene colui, *qui non habens uxorem, torum alterius violat*. Quì l'adulterio è canonico ed è civile insieme; e la donna divide la sua carne con due. Appresso, *uxoratus ad solutam accedens*. Quì l'adulterio è soltanto canonico, dove l'uomo divide con due la carne sua; e si distingue ne' due gradi notati da S. Agostino. Appresso convien collocare il commerzio d'un conjugato imperfetto, e indi quel d'uno sposo promesso, con donna sciolta. Nell'infimo grado finalmente è la fornicazion semplice tra due perfettamente sciolti. Or con quali accomuneremo il peccato del conjugato imperfetto, con quelli de' gradi supremi, di cui non ha la caratteristica, ch'è la division della carne, o con quei degl'infimi, di cui non contiene concupiscenza maggiore? E saremo così severi, anche dove non si tratti di punire gli autori del peccato, ma di circoscriverne solo le conseguenze per riguardo a quei, che non vi hanno alcuna parte avuta? E in tanta disparità di colpe faremo correre una medesima pena, e correrla a danno degl'innocenti, non già de' rei?

{III}

{III}

Le dispense risolutive de' matrimonj rati si debbon presumere fondate sopra motivi di nullità del vincolo; spezialmente allorchè interessano figliuoli nati fuor di quei matrimonj.

§. LXXXVII. Argomento della terza parte.

La terza parte contiene tutta la verità della causa. Vi si dimostra nullo il primo matrimonio direttamente e indirettamente; direttamente, per la mancanza del consenso interno dell'uomo, e della sua potenza relativa, difetti nascenti entrambi dalla sua invincibile avversione alla prima sposa; indirettamente, per lo scioglimento fattone dalla pontificia delegazione. L'avversario impugna quasi unicamente l'ultima dimostrazione, a riserba di qualche fuggitiva parola, gettata in fine intorno al consenso, che dice pienamente intervenuto.

§. LXXXVIII. Stato della quistione tra noi e l'avversario, intorno alle dispense risolutive de' matrimonj rati.

Cominciando dunque dalla dispensa apostolica, nella prima memoria si disse, che a differenza de' canonisti, i quali si fondano meno sul diritto, che sul fatto di alcuni pontefici degli ultimi quattro secoli; i teologi generalmente non

trovano nel Papa la facoltà di sciogliere il matrimonio rato, per esserne il vincolo di diritto divino, ed indissolubile per qualunque mezzo umano, come CRISTO S.N. ha dichiarato (1). Nel contrasto delle due sentenze, e del fatto col diritto, si stabilirono alcune proposizioni certe, dalle quali derivava e deriva, *che sotto il nome e la divisa d'una dispensa di questa fatta, ottimamente si possa nascondere una dichiarazione di giustizia della nullità di un matrimonio . . . E che nei casi particolari, soprattutto de' tempi a noi vicini, finchè non costi il contrario, si debba presumere, che così sia* (2); per non attribuire al capo della Chiesa in cosa importantissima un atto arbitrario e pericoloso. Si aggiunse, che tal presunzione diventa certezza, dove il fatto concorra ad avvalorarla (3). L'oppositore in vece di confutare questo temperamento, tal quale egli è contenuto nelle parole testè recate, se lo accomoda a suo piacere, e in modo, secondo lui, da poterlo combattere con qualche vantaggio, e così trionfa

(1) §. CXVIII-CXXV.
(2) §. CXXXIII.
(3) §. seg.

sa delle ombre. Bisogna tenergli dietro in tutto il suo procedimento. Suo scopo è il dimostrare, che sia del potere del Papa lo sciogliere i matrimonj rati, quantunque validi e veri; e che le dispense papali tutto altro significhino, fuorchè nullità de' matrimonj, che dirimono.

§. LXXXIX. Teoria delle dispense ecclesiastiche in genere, secondo l'avversario.

Egli premette una erudita dissertazione, tolta da due gran maestri, da PIETRO di MARCA e da BERNARDO VAN-ESPEN, intorno alla origine, al progresso, all' uso presente, alla natura ed al fine delle dispense. Egli dice, che le dispense della antichità rimettevano le pene delle violazioni già fatte de' canoni, ma non permettevano violazioni future, e con tutto ciò se ne concedevano rare; che non prima del secolo undecimo cominciarono le dispense dell' altra spezie, dette *in antecessum;* che sì le une, come le altre, son tanti privilegj ed eccezioni alle regole, di cui lasciano salvo nel generale il vigore; che delle leggi tutte per universale insegnamento non sono suggette a dispensa le naturali, il sono le positive umane; che le difficoltà e i dispareri sono per le positive divine, intorno alle quali uomini moderati riconoscono nel Pontefice il solo potere

 di

di escluderne, *per via d' interpretazione*, quei casi, a cui *ragionevolissime e potentissime* ragioni le rendano inapplicabili; che le dispense provenienti nella loro introduzione non mai si concederono senza una grande utilità della Chiesa in compensazione; che dipoi fatta più indulgente la disciplina, si sono rendute più facili, e concedonsi anche senza cagione; e che così ottenute, quantunque molti le ripruovino, e le tengano nulle, a giudizio però di PIETRO di MARCA, possono riputarsi valide e lecite, sempre che non offendano il diritto del terzo o la pubblica ragione (1). Io ricevo volentieri dall'avversario tutta questa teoria, che occupa non men di tredici pagine, e l' attendo alla applicazione.

§. XC.
Sua prima e vana ragione in sostegno delle dispense risolutive de' matrimonj validi.

Passa egli quindi alla quistione, se si possa dispensare al vincolo del matrimonio rato, suppostolo esente da ogni vizio di nullità; e insieme alla disamina del temperamento, che si propone di confutare (2). Nella quistione egli prende co' canonisti il partito della affermativa. La sua

(1) Pag. 96-108.
(2) Pag. 108-119.

sua prima ragione è il fatto di que'pontefici, che han dispensato; il quale crede egli, doversi più valutare della ommissione di quei, che han ricusato (1). Ma egli dissimula quel, che sa certamente, che dal fatto al diritto l' argomento non vale. Una più estesa e particolare risposta a questa ragione si trova nella memoria principale (2).

§. XCI. Seconda ragione.

La seconda ragione è tolta dall' essere il vincolo del matrimonio rato probabilmente, come egli dice, di umana, non di divina istituzione. Egli crede provare questa proposizione colla controversia, che prima era nella Chiesa, e che cessò colle decisioni di Aless. III e d' Innoc. III, se dovesse cioè prevalere nel concorso il precedente matrimonio rato o il susseguente consumato (3). La controversia (egli siegue) è oggidì cessata, ma la discordanza delle opinioni, che la partoriva, *lascia tuttavia il dubbio, se il vincolo* (del rato) *sia di diritto divino* (4). Aggiugne, che il

(1) Pag. 109. (2) §. CXX.
(3) *Extra, De sponsa duorum.*
(4) Pag. 111.

il Sanchez il crede di diritto umano (1); e che il Soto e il Ponce, già allegati in contrario, hanno inteso parlare del consumato (2).

§. XCII.
Risposta.

Malamente si ricorre all'antica controversia, per ricavarne un dubbio tuttavia permanente intorno al vincolo del rato. Rispondiamo, che lo essere stata quella controversia decisa, è appunto una ragione per dire cotesto dubbio cessato. Potevasi dubitar prima, se quel vincolo fosse umano o divino, quando molti tenevano, e in più luoghi si praticava, che il secondo matrimonio consumato rescindesse il primo rato. Ma dichiarata la fermezza del primo, il luogo al suddetto dubbio per questa parte in un tratto è mancato. Ed esso non ha potuto influire nella introduzione delle dispense, che non precedono il secolo XV, poichè quella decisione era seguita nel XII (*).

Nel-

(1) Ivi, nota 1.

(2) Pag. 112.

(*) L'avversario s'ingegna di ripetere da una epoca più antica l'origine degli scioglimenti de' matrimonj per dispensa, e reca due rescritti, uno di

Nella Chiesa la vera indissolubilità del matrimonio si è sempre ripetuta dal diritto divino. Si è potuto dubitare, donde quella cominciasse, se dal consenso, o dal concubito: è stato deciso, che dal consenso: dunque il vincolo del rato è di diritto divino. Nè si può dire altrimente, perchè se il vincolo del rato, nella decisione di quella controversia, si fosse avuto per umano, la decisione sarebbe stata allo opposto. Nel concorso di un vincolo di diritto umano, e di un al-

---

di Gregorio II (*Can.* 18, *caus.* XXXII, *qu.* VII), l'altro di Aless. III (*Cap.* III, *Ex. De frigidis & maleficiatis*). Ma oltrechè quanti scrivono di così fatte dispense, ne attribuiscono la introduzione a Martino V; gli allegati esempj son decisioni registrate per regolamento di casi simili, laddove le dispense di questa sorta nel senso dell'avversario son puri e veri privilegj. E se quelle decisioni sembran deviare alquanto dal diritto ricevuto, ciò dipende dalla disciplina non ben fissata ne' secoli di mezzo circa l'impedimento della impotenza, del quale si tratta ne' rescritti di Greg. e di Aless. Ved. il Boemero al titolo, *De frigidis & maleficiatis*, §. XVIII-XX.

altro di diritto divino, che certamente si trovava nel consumato, si sarebbe fatto prevalere il vincolo divino all' umano, il matrimonio consumato al rato; appunto come nel concorso degli sponsali contratti con una, e del matrimonio con altra persona, il matrimonio, benchè posteriore, prevale agli sponsali.

§. XCIII. Consenso de' teologi contra dell' avversario.

Allorchè dice l' oppositore, che il Soto e il Ponce parlin del consumato, non già del rato, o abusa del suo credito, pretendendo, che gli si creda sulla parola, o non ha consultato niun de' due. Essi parlano appunto e di proposito del rato, e del potere, che abbia sopra esso il Papa; e il sostengono indissolubile, e non soggetto a dispensa, per essere il suo vincolo di diritto divino. Io non posso fare altro, che rimettere chi ne dubiti alla lettura originale de' luoghi, che cito in margine, per non accrescere delle intere loro dissertazioni la presente memoria (*). Ma mi restringerò al solo Soto, al so-

(*) *Sot. in IVm Sentent. Dist.* XXVII, *qu.* I, *art.* IV; Ponce, *de matrim. Lib.* IX, *cap.* III *per* to-

solo Ponzio? Tutti i teologi, che discorda-
Q no

---

totum. Riguardo al Ponce l'avversario s'è lasciato ingannare da un passo trovato nella prima memoria (§.CXXV), ch'ei trascrive nel suo *Ragionamento* (pag. 112, not. 2). *Cum DEUS sit Dominus omnium, potest corpus mihi TRADITUM a me auferre, etiam sine meo consensu. Unde sequitur etiam, solum in his casibus posse dissolvi, in quibus DEUS explicavit velle dissolvi. De matr. Lib.*IX, *cap.* III, *n.* 19. La voce *Traditum* ha cagionato l'errore, quasi indicasse la copula carnale. La copula veramente importa più l'uso, che la tradizione; appunto come il coltivare un podere è diverso ordinariamente dal prenderne il possesso, quantunque se ne possa prender possesso, coltivandolo. La *tradizione* intesa dal Ponce è quella, che siegue nella copula sacerdotale, per mezzo della congiunzion delle mani; e in questo senso è usitata presso i teologi. È ciò tanto vero, che l'autore nelle ultime parole di sopra allude allo scioglimento del matrimonio per la professione monastica; scioglimento, che dipende da divina rivelazione, com' egli con altri sostiene, e che ha luogo nel solo matrimonio rato.

no dalla dissolubilità per dispensa del matrimonio rato; tutti si fondano principalmente nella qualità del vincolo, superiore al potere umano (1). Lo stesso Sanchez, citato dall'avversario a favor suo; il Sanchez, ch' è uno de' principali sostenitori delle pontificie dispense, non osa convenire in sì ardita e improbabile opinione. Egli la riferisce, come arrischiata da alcuno; ma siegue l'altra, come la più probabile, ed insegnata comunemente, cominciando da S. Tommaso (2). E lo stesso oppositore prudente, siccome egli è, non ha il coraggio di sostenerla fino allo estremo, e la tempera nel ripeterla con formole dubitative. *Se non è vera la proposizione, quale da molti si tiene come probabile, che il vincolo del matrimonio solamente rato e non consumato sia di chiesastica istituzione; per lo meno deve esser vero, che a' pontefici è dato di potere interpretare la legge divina* (3).

§. XCIV. Concorso del Sanchez.

Ma neppur si può dire, che i Pontefici in sì

(1) *Tournely, de matrim. Pag.*178. *Ven.*1765.

(2) *De matrim. Lib.* II, *disp.* XIII, *nn.* 6 *et* 7.

(3) Pag. 119.

sì fatte dispense usino della loro facoltà d'interpretare, l'unica cosa, che si ammette in loro per rispetto al diritto divino; poichè lo stesso SANCHEZ niega, che possa il Papa con general disposizione preferire il matrimonio consumato al rato (*); il che importa a buon conto, secondo questo autore, che la divina indissolubilità del matrimonio rato non sia neppure soggetta a dubbio ragionevole e ad interpretazione. Per conseguente se la interpretazione non puote aver luogo nel generale, come si può pretendere, che lo abbia nel particolare? Nel particolare han luogo i privilegj; e i privilegj sono graziose esenzioni dalla legge, non interpretazioni della legge; altrimenti dovrebbero valere in tutti i casi simili, e non sarebbero più privilegj.

§. XCV. Ritorno alla nostra vera quistione. Come l'avversario ne scambi i termini.

Ma io son quasi uscito de' termini della qui-

(*) *Videretur esse quaedam dissipatio, et daretur ansa per injuriam dirimendi matrimonia rata, contrahendo et consummando aliud; nec est verisimile, CHRISTUM dedisse Pontifici eam potestatem, quae in destructionem tendit. De matrim. Lib.* II, *disp.* XIV, *n.* 4.

quistione, e torno indietro. Non s' è inteso nella prima memoria di negar veramente al Papa la facoltà di sciorre i matrimonj rati, prendendo partito in una controversia, che non è del foro. S' è solamente inteso di fermarsi al dubbio della cosa, al pericolo della sentenza affermativa, alla difficoltà, che questa contiene a confronto della negativa. Nel conflitto si è proposto il temperamento, che spaventa l' oppositore; e perciò ne egli ha scambiati i termini, volendo far vista di confutarlo.

Sono contento d' incorrere in una ripetizione per assicurar dallo equivoco lo stato della quistione. Nella prima memoria si è proposto il temperamento in questa guisa: *Sotto il nome e la divisa d' una dispensa si può ottimamente nascondere una dichiarazion di giustizia della nullità d' un matrimonio . . . E ne' casi particolari, soprattutto de' tempi a noi vicini, finchè non costi il contrario, si dee presumere, che così sia* (1). Questa è la proposizione della prima memoria. L' oppositore la scambia in quest'altra: *Cotesse dispense non sonosi senza causa in alcun tempo amministrate. Eran per lo*

(1) §. CXX XIII.

lo appunto tali cause (*) *destinate a manifestare la nullità del vincolo contratto nel matrimonio solamente rato. Dunque i pontefici non disciolsero il nodo, ma risecando in forma di grazia le formalità giudiziarie, lo dichiararono invalido ed inutilmente contratto* (1). I miei illuminati lettori già veggono le differenze. D' una presunzione se ne fa tutt'altra cosa; d' una regola *pe' casi particolari, dove non costi il contrario*, se ne fa una massima generale per tutti; d' una osservazione ristretta spezialmente agli ultimi tempi, se ne fa estensione anche a' più antichi.

Io non dico, che variata a questo modo la proposizione, non possa essere giustificata a dovere: ma il farlo richiederebbe altro ozio ed altro apparato; onde lo avversario, postala insidiosamente in mezzo senza difesa, s' è dato il vanto di averla confutata con qualche esempio supposto contrario, che niente pruova l' assunto suo (2). Quel, ch' io voglio dire, si è, che la proposizione

(*) Forse voleva dire, *dispense*.

(1) Pag. 109.

(2) Pag. 113. Vedete la nota * al §. XCII di questa memoria.

ne da lui impugnata non è la nostra; e che noi non abbiamo nè obbligo, nè tempo, nè volontà di farne l'apologia.

§. XCVI.
Fondamenti della presunzione da noi sostenuta.

La nostra non dipende da dimostrazioni astruse, e non è soggetta alle minacce illusorie delle speciose obbiezioni. Fu già spiegato nella prima memoria, dove sia fondata la presunzione, che in essa si fa trionfare, e dove la sua spezial restrizione agli ultimi tempi. Pur tutta volta non sarà inutile qualche sviluppo maggiore.

La presunzione richiede la possibilità della cosa, ed una ragione preponderante, per dirla nel dubbio seguita. La possibilità della cosa è stata dimostrata, dacchè il Pontefice può non solo dispensare, ma anche sovranamente giudicare (1); dacchè fra' motivi di giuste dispense uno certamente è quello della mancanza del consenso interno nella contrazion delle nozze, mancanza, che importa anche certamente nullità di matrimonio (2); dacchè finalmente oltre le dispense vere pontificie, vi sono le improprie, le quali, con-

(1) §. CXXVIII.
(2) §. CXXVII e XCVIII.

contenendo de' provvedimenti debiti ed ordinarj, non hanno altro di comune colle vere, che il nome e la forma (1).

La ragione per dir nel dubbio avverato l'uno e non l'altro possibile, si dee ripetere dalla maggior regolarità della cosa. *Semper fit praesumptio in meliorem partem;* è una delle regole madri nella materia delle presunzioni (2). Or egli è chiarissimo, che più regolare e più sicuro sia lo scioglimento d'un matrimonio per nullità, che il viziava, di quel che possa essere per mera dispensa. La dispensa, per non dire altro, urta colle autorità e colle dottrine le più riguardevoli e le meglio fondate; secondo le quali il dispensar di tal fatta è un trascorrere i limiti del legittimo potere (*).

§. XCVII. Ragion della presunzione cresciuta negli ultimi tempi.

La ragion della presunzione cresce negli ulti-

(1) §. CXXIX.

(2) *Alciat. De praesumpt. Reg.* III.

(*) *Unde consequens est . . . . SS. Pontifices, qui de facto dispensarunt, excessisse limites legitimae potestatis suae. Tournely, de sacram. matr. Pag.* 178. *cit. edit.*

timi tempi. Il concilio di *Trento* pose qualche freno alle dispense (1). Il SANCHEZ considera, che prima di quello vi era particolar bisogno delle dispense di questa fatta pe' matrimonj clandestini, i quali allora si tolleravano (2). Aggiungo, che prima del *Tridentino* si dubitava della validità de' matrimonj de' figliuoli di famiglia senza il consenso paterno, e tal dubbio richiedeva spesso delle risoluzioni economiche. Prima d'INNOC. XI, non era proposizion condannata, che nel conferire i sagramenti si potesse seguire una opinion probabile sul valore del sagramento, *relicta tutiore* (*). Niuno potrà negare, che la sentenza de' teologi sia *la più sicura* almeno intorno alla fermezza e alla qualità del vincolo del matrimonio rato. Citaronsi finalmente nella prima memoria varj

(1) *Sess.* XXV, *de refor. Cap.* XVIII.

(2) *Della legittimazione* ecc. §. CXXX.

(*) §. CXXXI. Nel citato §. si nomina per errore di stampa INNOC. VIII. La suddetta proposizione è la prima di sessantacinque, che ne riprovò quel Pontefice con decreto del MDCLXXIX. Si possono vedere presso il VIVA, *Thes. damn.*

rj esempj di dispense degli ultimi anni, caduti sopra matrimonj senza dubbio nulli (1). L'oppositore scrive, che l'esempio del *Duca* di *Maddaloni* sia male a proposito allegato, perciocchè quel matrimonio fu risoluto formalmente in *Napoli*, in virtù di due sentenze conformi. Ma questo stesso giustifica l'allegazion dell'esempio. Dopo il giudizio quì fatto, si ricorse a *Roma*, per maggior quiete di coscienza, da chi aveva interesse nella causa; e il Pontefice, in vista degli atti formati in *Napoli*, concedè una dispensa di scioglimento. Questo fatto è così notorio, come il giudizio, che il precedè. Gli atti per le dispense ottenute anche a' dì nostri dal *Duca* di *Cassano* di *Aragona* di *Napoli*, dal *Duca* di *Bovadille* di *Sicilia*, dalla *Marchesa Grimaldi* e dalla *Signora Boggiani* di *Genova*, sono pubblicati autenticamente in *Roma*.

§. XCVIII. Cresce in oltre per motivi, che ci porge lo stesso avversario.

La ragione finalmente della presunzione riceve un nuovo peso dalla teoria generale delle dispense, di cui l'oppositore ci ha fatto dono. Nel sistema dell'avversario, sarebbe una dispensa *in antecessum*; in un articolo di diritto divino,

R

(1) §. CXXXII.

no, non soggetto ad interpretazione, secondo i suoi stessi autori; senza utilità, che in compensazione ne ridondasse alla Chiesa; senza altra causa, che la leggerezza d'un uomo; e con manifesta offesa del diritto del terzo e della pubblica ragione de' matrimonj (*). Nel nostro, è un atto giudiziario, per restituire l'esercizio della sua libertà ad un uomo, che non mai era stato legato; atto renduto sotto forma di dispensa, per esimer le parti dalle lunghezze e da' dispendj di un giudizio formale. Nel dubbio, a quale de' due concetti ci mena la logica legale? A qual ci determina la riverenza dovuta alla Chiesa?

§. XCIX. Varie obbiezioni e risposte.

Ma dov' è (si ripiglia) la bolla di cotesta dispensa (1)? Come si dimostra, che sia ella appoggiata ad un motivo di nullità (2)? La stessa dispensa non suppone il matrimonio rato, ossia valido (3)? Si poteva più parlare di nullità do-

(*) Vedete il §. LXXXVIII di questa memoria.

(1) Pag. 121.

(2) Pag. 123, in fin.

(3) Pag. 124, in princ.

dopo un decennio e più di coabitazione (1)? Si è nel giudizio presente confermata la idea di cotesta nullità in contraddizione degli interessati (2)? La bolla è negli atti. La dimostrazione della nullità è una cosa di più, allorchè la presunzione ne obbliga a crederla. Chi la niega ad onta della presunzione, debbe egli dimostrare il contrario. Ciò non ostante, la dimostrazione è stata fatta, e non vi si è risposto. La invincibile avversione dell'uomo per la prima sposa fin dal primo momento, impedì, che nascesse in lui la volontà e la potenza di esserle marito. Il suo consenso esterno fu forzato o simulato (3). La dispensa, accennando la cagione di tutti questi effetti, cioè il contrario animo dello uomo, spiega abbastanza i motivi, su' quali è caduta (*). Il matrimonio, che si dice *rato* nel precedente decreto della curia, non perciò significa *valido*. Il rato esprime la sua esterna contrazione

(1) Pag. 122.

(2) Pag. 124.

(3) *Della legittimazione* ecc. §. LXXXVIII-CXVI.

(*) *Propter adversam animi affectionem in viro.*

ne in faccia all'altare (**). Oltrechè la cognizion della *Curia* si restrinse alla non seguita consumazione, ed alla cagione, che la impedì. Se si fosse,

(**) §. CXXXV. I canonisti e i teologi distinguono il matrimonio in *legittimo*, *rato*, *consumato*. Legittimo è il contratto secondo le leggi civili de' popoli non cristiani; ed è un matrimonio *vero*, ossia *valido*. *Etsi matrimonium verum inter infideles existat* (dice INNOC.III), *non est tamen ratum* (*Extr. De divortiis*). *Rato* dunque non significa *vero e valido*, perchè contrapposto al *legittimo*, che si dà per valido e vero. *Ratum, idest in ecclesia approbatum*, secondo la definizione del VAN-ESPEN (*Jus eccl. P.*II, *sect.* I, *tit.* XII, *cap.*IV, *n.*3); ossia contratto in *faccia alla Chiesa*, come diciamo comunemente. Or nulla impedisce, che il contratto secondo la ecclesiastica liturgia, contenga qualche interno vizio, che il faccia nullo, una occulta parentela, a cagion per esempio, in grado dirimente; siccome nulla impedisce questo stesso in un matrimonio contratto secondo il rito civile. La maggior fermezza del *rato* a confronto del *legittimo* nasce dall' approvazione della

se voluta dalla *Curia* anche la dichiarazione della invalidità, si sarebbe fatto un giudizio ordinario, e la dispensa sarebbe stata superflua. Il lungo silenzio degli sposi niente nuoce. Dov' è la legge, che prefigga un termine a queste querele? E dove tal legge vi sia, essendo ella di diritto positivo, resterebbe ottimamente inclusa nella dispensa. La conferma finalmente della nullità delle prime nozze, che si dice ommessa nel giudizio della legittimazione della prole, è una pretensione di nuovo conio. S'è mai ascoltato, che un giudizio compiuto ed eseguito, intorno allo stato de' genitori, tra quei, che erano le vere e sole parti; si debba rifare nel trattarsi dello stato della prole?

§. C.
Effetto anche favorevole della dispensa, per riguardo alla prole, nel senso dello avversario.

L'avversario bramoso di veder tutto chiarito, avrebbe voluto, che si fosse discusso uno altro articolo; se *tolta* cioè *di mezzo la nullità del vincolo, sia la dispensa efficace a restituire alla onestà de' natali la prole nata in tempo dello impedimento*. Dice egli di valutare più, che ogni al-

---

la Chiesa, e dall'accessione del sagramento, la quale suppone tutte le cose altronde eguali.

altra cosa, il non essersi pensato, nella difesa della legittimazione, a questo argomento. Restituendogli io, a nome del chiarissimo autore della prima memoria, l'onore, ch'ei gli fa con questo suo credere; dico, che ci esimerebbe da ogni altra indagine il suo quasi perfetto silenzio, intorno alla diretta dimostrazione contenuta in quella della nullità del primo matrimonio. Io valuto non meno di qualunque dimostrazione il vedere, ch'ei l'abbia lasciata presso che intatta. Ad ogni modo, potendolo contentar facilmente, e con un principio suo favorito, cioè con quel della retrotrazione, non vo' tralasciarlo.

Noi siamo convenuti, che si debba ammettere cotal finzione, sempre che ci sia una necessità da supporla (1). Or ecco la necessità nel caso della dispensa vera, risolutiva d'un vincolo reale. *Usque adeo manent* (dice S. Agostino) *inter viventes semel inita jura nuptiarum, ut potius sint inter se conjuges, qui ab alterutro separati sunt, quam cum his aliis, quibus adhaeserunt*. E poco appresso: *Manet inter viventes quoddam vinculum conjugale, quod nec separatio, nec cum altero copulatio pos-*

(1) Pag. 15 in fin.

possit auferre (1). La scambievole relazione dunque di marito e di moglie è perpetua fra' viventi, purchè lo sieno una volta stati. Se il matrimonio, al quale s'è dispensato, fu una volta vero, egli manterrà sempre fra' conjugi separati questa indelebile qualità, feconda di mille assurdi per rispetto a loro. Passando entrambi a nuove nozze, vi sarà il marito di due mogli, e la moglie di due mariti, tutti viventi; e quattro individui presenteranno la immagine mostruosa della poligamia e della poliandria insieme. Tale è il necessario effetto della dispensa, ov' ella lasci in piedi, non dico il fatto passato, il quale è indistruttibile per natura; ma la idea e la memoria legale di quel fatto. Questa idea e questa memoria legale si può cancellare unicamente colla retrotrazione, e col trasferire la libertà, per dispensa conceduta, al tempo, che le disciolte nozze furono già annodate. Dove la legge non può colla verità, arriva colla finzione. Nè so, se si possa immaginare finzione meglio intesa, e più desiderata dalla decenza e dalla pubblica onestà. Il luogo di S. Agostino e il raziocinio fondatovi sopra o pruova–

(1) *Can.* 28, *caus.* XXXII, *qu.* VII.

vano questa retrotrazione; o aggiungono un nuovo argomento alla inefficacia della dispensa, quando il vincolo sia valido e vero, ed alla interpretazione, da noi sostenuta, che ne' casi, i quali la soffrono, se le vuol dare.

§. CI.
Nuova ragione in sostegno del nostro sistema, dal favor della prole.

Qualunque in somma si adotti de' due sistemi, la conseguenza è la medesima per rispetto alla precedente prole. Seguasi coll' avversario la sentenza de' canonisti, o quella de' teologi con noi, niuna differenza ne risulterà per la causa. Secondo i primi s'è rotto un vincolo vero, ma sottoposto al potere del dispensante; e questa rescissione debbe essere *retroattiva*, per velare gli assurdi, che ne derivano. La dottrina degli altri mena a dire nel nostro caso, che si sia dileguata la illusione d' un vincolo apparente; al che neppure i canonisti ripugnano, annoverando essi qualche principio di nullità fra' motivi di così fatte dispense. Ma benchè delle due spiegazioni una sia la conseguenza per rispetto alla causa, non dee la salvezza di questo interesse farci indifferenti su quel della verità. Si è scritto abbastanza, perchè possa ciascun giudicare, da qual parte la preponderanza stia. L' obbligo di

di prendere nel miglior senso gli atti delle legittime, e spezialmente delle somme potestà, è una ragione intrinseca per preferire il senso il più regolare e sicuro all' arbitrario ed al pericoloso, dovunque il fatto, non dico, il confermi, come in questa causa, ma appena il comporti. Ma con questa intrinseca ragione ne concorre una estrinseca di non minor momento, che nasce dall'uso, a cui questa indagine è tutta subordinata.

Io cedo infatti per un momento, qualunque e' sia, l'intrinseco vantaggio del sistema da me sostenuto, il pongo in un perfetto equilibrio coll' altro, e fingo un dubbio rigoroso e vero. Io do per egualmente incerto, se la dispensa sia caduta sopra un matrimonio valido o nullo. Secondo l' avversario, ella non ispiega il motivo, nel quale è fondata. Non può dunque egli negarmi la possibilità almeno così dell'uno, come dell' altro senso. In questo dubbio, che sarà della prole nata, durante l' ostacolo di nozze incerte, se vere o apparenti? Il diranno per me Innoc. III, Bened. XIV, e lo stesso avversario. È loro regola, che nel dubbio del fatto bisogni apprendersi al meglio della prole. Or per la prole è sempre meglio, che l'ostacolo, che le fa ombra,

non sia mai stato, se non apparente; e che manchi più tosto di natural sussistenza, senza bisogno dell' opera della legge, che il distrugga, e fingalo non mai esistito.

§. CII. Come si decida nel nostro caso il dubbio di fatto, sec. INNOC. III, e lo avversario.

Nel testo della celebre decretale, *Per venerabilem*, il Re di Francia separatosi dalla Regina, sotto pretesto di affinità, aveva tolta altra moglie, e procreativi due figliuoli. Il Papa destinò de' giudici per pronunziare sull' impedimento del primo matrimonio, dopo aver cassato un giudizio irrituale dello Arcivescovo di *Reims*. La nuova sentenza avrebbe implicitamente dichiarata la condizion della prole. *Nam si affinitas fuerit comprobata* (diceva il Pontefice), *praedictam Reginam non esse Regis conjugem apparebit; et per consequens alia videbitur sibi legitime copulata, et filios ei legitimos peperisse*. Ma impaziente il Re di questo giudizio, chiese intanto al Papa un rescritto di legittimazione pe' due figliuoli. Il Papa il concedè. Quale ne fu la ragione? Il dubbio, durante la lite. Lo spiega lo stesso INNOC. III. *De filiis ergo ejusdem Regis, utrum legitimi vel illegitimi fuerint, quamdiu pendet quaestio affinitatis objectae, potest non inmerito dubita-*

tari . Questa ragione è riconosciuta, come una regola, dall' avversario là, dove dice di questo caso appunto: *La incertezza meritava di essere decisa a favor de' figliuoli, com' è solito praticarsi* (1). Il nostro caso è tanto più forte dell'altro, quanto che il dubbio di quello poteva e doveva di breve cessare colla decisione; laddove il dubbio del nostro, se mai esistesse, non potrebbe cessare per modo alcuno.

§. CIII. Autorità di BENED. XIV.

Aggiunghiamo il suffragio di BENED. XIV. Il caso propostogli dall' Arcivescovo di S. *Domingo* si fu, che un uom maritato avea procreati due figliuoli con donna sciolta, cui, trapassata la prima, aveva tolta in seconda moglie. L'un de' due figliuoli era certamente nato, costante il primo matrimonio del padre, ed era morto. Del superstite, per lo quale si faceva la quistione, non era certo, in che tempo avesse sortito il concepimento e la nascita, se avanti o dopo la morte della prima moglie. In questo dubbio, che tutto era di fatto, e nella incertezza del vero, suppone il LAMBERTINI conceputa e nata la

S 2 pro-

(1) Pag. 40.

prole dopo morta la prima moglie, e si dichiara in suo pro. Qual ragione egli ne dà? *Cum judex in dubio debeat in bonum et commoda prolis propensus esse* (1).

§. CIV.
Conchiusione dello ultimo argomento.

Nel dubbio dunque del fatto si presume ciò, che più favorisce la prole. Quindi nel nostro caso, oltre quella presunzione, che milita per la suprema potestà della Chiesa, e che ci obbliga a prendere nel miglior senso l'atto della sua dispensa, per non attribuirle un abuso di potere, (prescindendo dalla diretta dimostrazion, che ne abbiamo); una seconda presunzion partorisce il favor della prole, che ci obbliga a prender l'atto nel senso, che allontani ogni ombra di torto da lei. È un dubbio, se il matrimonio già sciolto fosse valido o nullo? Dunque il favor della prole, a cui si pretende, che quel faccia ostacolo, esige, ch'ei s'abbia per nullo.

§. CV.
Sentenza di Bened. XIV nel dubbio di diritto.

Al dubbio, che io suppongo del fatto, aggiungo un dubbio subalterno, a cui riduco un diritto già dimostrato, per convincere l'avversario anche col-

(1) *Bulla, Redditae nobis*. N. 4.

colle concessioni le più gratuite. Suppongo adunque valido il primo matrimonio ad onta delle presunzioni e delle dimostrazioni, che concorrono a dichiararlo inutile. Sarà sempre nondimeno certo, che egli non fu consumato, che di poi fu anche sciolto in un modo straordinario, e che la privata sentenza di BEN. XIV suppone un matrimonio consumato e sciolto per morte. Questa diversità fa almeno un dubbio intorno al diritto da applicarsi, ed un dubbio nascente da varietà di circostanze intrinseche ed essenziali. Or lo stesso BENED. XIV in altro dubbio di diritto, cioè nel caso d'un figlio conceputo, vivente la prima moglie del padre, ma nato dopo lei morta, e nell' ardua controversia, come ci la chiama, se la nascita nel tempo libero basti a farlo capace di legittimazione; non disapprova la sentenza più umana, anzi dice, ch'ei la seguirebbe impreteribilmente in que' paesi, dov' ella è ricevuta (1). E pure si tratta di circostanza tutta estrinseca, che niente diminuisce la colpa de' genitori, siccome nella prima memoria fu osservato (2). Nè va-

(1) *Bulla, Redditae nobis*. N. 3.
(2) §. LXXXIV.

vale il rispondere, come fa l'avversario, *che son diverse le parti di giudice da quello di legislatore;* e che *se si trattasse nel caso nostro di creare una legge, valerebbero molto tutti gl'industriosi argomenti, che si propongono* (1). Imperciocchè quel Pontefice parla ivi non a' legislatori, ma ad un vescovo giudice, che il consultava; e dice quel, ch'ei sentiva e fatto avrebbe da giudice nel dubbio del diritto e del fatto.

§. CVI. Prospetto di tutta la ragione nascente da' dubbj di sopra supposti.

Raccogliendo la ragione, che nasce da' dubbj, che si son finti, dico, che il primo e principal dubbio è tutto di fatto, e si aggira intorno alla validità del primo matrimonio. Egli ha due uscite, siccome è chiaro; o quel matrimonio fu valido, o non fu valido. Se non fu valido, niuno impedimento ne risulta alla legittimazion della prole. Se fu valido, s'incontra un secondo dubbio, subordinato al primo, ch'è tutto di diritto; se cioè un matrimonio valido, ma imperfetto per mancanza di consumazione, sia da riguardarsi in ordine alla prole nata fuor di esso, come pari ad un matrimonio perfetto. Questo al-

(1) Pag. 92.

altro dubbio ha egualmente due uscite, la negativa e l'affermativa. La negativa è manifestamente favorevole alla prole: l'affermativa mena a dirittura a quegli stessi argomenti, onde fu dimostrato, che niuna cosa osti alla legittimazione, dove abbian luogo le nozze seguenti; al qual punto non si giugne, se non prima conculcate tutte le regole, e dissimulati i dubbj tutti, che lo precedono. Or se nel solo dubbio del fatto, il favor della prole dà quella preponderanza alla più benigna sentenza, che basta al nostro uopo; di quanto ella non cresce per aggiugnersi al dubbio del fatto i dubbj del diritto! i quali emergendo appunto dalla posizione a noi contraria del fatto, non lasciano all'avversario, dove posare un piede sicuro. Basta riguardare sotto questa sola prospettiva la causa della prole, per vederne tutta la sicurezza; lasciandone gli altri lati, i quali presentano la certezza a noi favorevole delle cose quì date per dubbie.

{IV}

{ IV }

Appendice di tutta la causa: Filiazione malamente e inutilmente rivocata in dubbio. Incompetenza della chiesta dilazione Carboniana. *Niun diritto ha la prole legittima a contrastar la legittimazione della naturale.*

§. CVII. Contrarj sforzi per allontanar la decisione.

A quella guisa, che i capitani prudenti, allorchè diffidan di poter vincere in una giornata il nimico, ne vanno schivando a tutto potere lo scontro; così fa il nostro avversario. A fine appunto di slontanar la decisione di questa causa, ha egli osato rivocare in dubbio la qualità di figliuoli de' veri genitori, già dichiarata dalla *Vicaria* e dal *Sagro Consiglio*, in favore della prole nata prima del costoro matrimonio; e quel, che è peggio, lo ha fatto in nome della fanciulla appresso nata, nulla curando, che dubbj sì ingiuriosi alla fama de' genitori non sono nè dicevoli, nè comportabili in bocca d' una figliuola, nè senza terribili conseguenze per lei. Ha egli preteso, che durante questa incertezza calunniosa, il giudizio della legittimazione si debba tacere. Finalmente, come se la controversia di stato si pa-

patisse, non si facesse dalla ultima figliuola, ha preteso, oltre la prima dilazione, quella dell'editto *Carboniano* fino alla pubertà di colei. Tutto ciò è materia d'un secondo *Ragionamento*, pubblicato pochi giorni addietro.

§. CVIII.
I dubbj e i tentativi contra la dichiarata filiazione non arrestano il presente giudizio.

La incertezza della filiazione la ripete egli da tre capi; 1. dalla pendenza di alcuni rimedj cóntra la dichiarazion del S. *Consiglio*; 2. dalla inutilità del giudizio di filiazione, compilato irritualmente, com' egli dice; 3. dalla debolezza delle pruove in esso fatte. La disamina delle pruove e della ritualità usata in quel giudizio potrebbe esser materia d'un altro giudizio, in grado di qualche rimedio legale, ma non mai del presente di legittimazione, dopo essersi dichiarata la filiazione con particolar sentenza. Quanto a' rimedj, l'avversario ne ha tentati due, restituzione *in integrum*, e nullità per via di azione. Al primo non si è dato luogo. Al secondo non potrà toccar miglior sorte, allorchè sarà il tempo di esaminare, se gli si debba dare apertura. Quel, che oggi importa, si è, che il tentativo di questo secondo giudizio non dee arrestare il progresso di quello della legittimazione; poichè tale è la natu-

tura del rimedio delle nullità per via di azione, che non impedisce il corso di ciò, che si stia operando, allorchè egli è prodotto.

§. CIX.

Fino a che segno e in che modo il giudizio di filiazione debba preceder quello di legittimazione.

Ci si oppone, che la particolar dipendenza dell'un giudizio dall'altro fa, che non si possa spedire quello della legittimazione, se non prima terminato quello della filiazione, supponendo la qualità di legittimo quella di figliuolo di tale e di tale. Ma diversa cosa è, che alla dichiarazion di legittimazione debba precedere o la dichiarazione o il quasi possesso della filiazione; diversa, che questo giudizio della filiazione debba esser prima passato per tutti i suoi gradi, e terminato irrevocabilmente. La prima cosa è necessaria, non già la seconda. Infatti senza alterare la precedenza, che tocca al giudizio della filiazione per la *priorità* della sua natura, si soglion per ordinario spedire entrambi contemporaneamente; e così appunto sarebbe nella presente causa addivenuto, se un accidente non gli avesse distaccati. Tizio per esempio dimanda, con un solo libello, che Gajo e Mevio sieno dichiarati suoi figliuoli e legittimati *per subsequens*. Il giudice pronunzia in un tempo medesimo sull'una e sulla al-

altra qualità; o affermativamente sopra entrambe, o affermativamente sulla prima e negativamente sulla seconda. Non pongo la terza sentenza, cioè negativa sulla prima qualità, il che basta a negare implicitamente la seconda; perchè questo esempio non corrisponde al caso nostro, dove s'è già una volta pronunziato affermativamente sulla filiazione. Ecco dunque, che si pronunzia sulla legittimazione, prima che la filiazion sia passata in cosa giudicata. Or niuna ragione è per vietare, che ciò, che si potea fare contemporaneamente, si faccia per intervallo, quando in questo intervallo non sia intervenuta cosa, che impedisca il secondo passo. Il rimedio delle nullità per via di azione in questo mezzo prodotto, non lo impedisce, come si disse, per la natura della sua spezie. Dunque neppure per le circostanze proprie della causa, poichè alla peggio assoggetta la dichiarata filiazione a quel pericolo di rivocamento, a cui sarebbe del pari soggetta, se fosse nata insieme colla dichiarazion della legittimazione.

§. CX. Quando il dubbio sulla filiazione arresti il corso della legittimazione.

Secondo questa spiegazione, che sembra evidente, il rimedio prodotto contra la dichiarata filiazione potrebbe impedir solo, che si pronunzias-

ziasse la seconda volta, cioè in seconda instanza, sul punto della legittimazione; poichè in tal caso solamente sarebbe pericolo, che restasse inutile e senza suggetto il giudicato della legittimazione. Ma trattandosi di prima sentenza su questo punto, il detto pericolo non ha luogo; e riuscendone, comunque si voglia, la decisione, o i due giudizj si riuniranno, come se una sola sentenza avesse abbracciate, siccome naturalmente dovea, le due quistioni; o non prima finalmente si passerà a rivedere la dichiarazion della legittimazione, che si sia immutabilmente assodato il punto della filiazione.

§. CXI. Pretesa dilazion *Carboniana*. Somma dell' editto di *Carbone*.

Passiamo all' altra dilazione, che si pretende, cioè alla *Carboniana*. L' avversario ben vede, quanto lontano sia questo diritto dalla sua causa. Ma nulla però scoraggiato, egli arma, per avvicinarglielo, delle macchine complicate, ma fragili, buone solamente a dimostrare l'ingegno e la perizia dell' artefice. Una corta sposizione dell' editto *Carboniano*, delle ampliazioni e delle interpretazioni, che appresso ha ricevute, farà chiarissima la cosa.

Il caso, a cui provvide nella introduzione di que-

questo diritto il suo autore GNEO CARBONE, il descrive evidentemente la Chiosa, mettendo, per così dire, in commedia l'editto di quel famoso pretore. *Contingit aliquando, quod pater decedit intestatus, relicto filio impubere. Agnati impuberis incipiunt male cogitare de eo. Veniunt & dicunt: TU NON FUISTI EJUS FILIUS, licet teneret te pro filio, quia ista mulier decepit eum: NON DEBES HABERE BONA. Mulier mater istius incipit flere: Isti agnati sunt magni, loquuntur cum multis, & sua astutia ligant sibi omnes agnatos; iste puer remanet solus cum matre. Ideo Dominus Carbo interponit se; dicit quod, si filio impuberi ab agnatis movetur quaestio STATUS ET BONORUM, mittam eum in possessionem omnium bonorum, & differam quaestionem status, donec erit pubes* (1).

§. CXII. Circostanze, che suppone l'editto. Egli ha luogo in quistioni di stato e di beni insieme.

È chiaro da ciò, che il benefizio del *Carboniano* suppon già aperta la successione del padre; un pupillo nel quasi possesso della filiazione, a cui, essendo tale, qual comunemente è tenuto, tocchi il succedere; congiunti, che gli muovano due controversie ad un tempo, di *stato* e di

(1) *Ad L.* I, *D. De Carboniano edicto*.

e di *beni;* decreto finalmente, con cui si dia subito all' impubere il pretorio possesso de' beni, con alcune cautele, che contiene lo stesso editto di *Carbone*, e si differisca la quistione dello stato al tempo della pubertà. Or niuna di queste circostanze si verifica nel caso presente. Non successione aperta, poichè vivono, e vivan lunghissima e prospera vita i comuni genitori! non controversia di beni, non possesso, che si possa oggi dare. Abbiamo solo la quistione dello stato de' primi figliuoli, di cui pende la legittimazione. Dunque il caso presente è fuori dello editto. *Ita demum huic edicto locus est, si status et hereditatis controversia sit. Nam si tantum status, quod (puta) servus dicatur esse, nec ulla bonorum controversia sit, hoc casu liberale judicium statim explicandum erit* (1).

§. CXIII. Estensione alle cause di solo stato. La presente è di stato, ma non per chi provoca all' editto.

Le costituzioni imperiali hanno fatto un passo di più, distendendo cioè alla controversia del solo stato la corrispondente parte dell' editto, cioè la dilazione fino alla pubertà. *Si quidem de parentis bonis simul et de statu controversia fiat,* hoc

(1) *L.* VI, §. 3, *D. De Carbon. edicto.*

hoc edictum lacum habebit. Sin vero tantum status, differetur quaestio in tempus pubertatis, sed non ex Carboniano, sed ex constitutionibus, come dice Ulpiano (1). La presente causa è una controversia di stato. Dunque parlando così in generale, potrebbe in essa aver luogo la estensione del *Carboniano;* ma compete tal benefizio alla parte, che il chiede? Egli è domandato a nome della figliuola nata legittima, la quale è in vero impubere egualmente, che i fratelli prima nati, a cui ella contrasta lo stato legittimo; ma non soffre ella, anzi inferisce ad altrui il pericolo dello stato, in cui grazia è il benefizio introdotto. Abbiamo un bellissimo testo di Ulpiano, che risolve la quistione (2).

§. CXIV. Distinzione diffinitiva di Ulpiano fra due impuberi, che litigano di stato.

Si duo impuberes invicem faciant status controversiam, interest, utrum quisque se solum filium dicat, an & se. Nam si se solum dicet filium, dicendum est, debere controversiam ad utriusque pubertatem differri. Fin quì son due impuberi, che contrastano: ciascuno sostiene di esser figlio egli solo:

(1) *L.* III, §. 2, *eod.*
(2) L. III, §. 10, *eod.*

lo : per conseguenza ciascuno inferisce all' altro, e soffre a vicenda dall'altro il pericolo dello stato. Dunque si dee attendere la pubertà di amendue. Seguita un altro caso. *Si vero alter se solum, alter & se dicat...* L'uno sostiene di essere egli solo figliuolo ; come la fanciulla, nata dopo il matrimonio contratto, dice di essere ella sola legittima. L'altro dice di esserlo al pari dell' uno; come i figliuoli prima nati, che vogliono esser dichiarati legittimi, dicono, la loro condizione dovere essere agguagliata a quella della fanciulla di sopra. In questo secondo caso il giureconsulto distingue, se sia giunto alla pubertà colui, che si pretende figlio esso solo in esclusione dell' altro; o colui, che vuole essere agguagliato all'altro. Se lo adulto sia il primo, come il pericolo è dell' altro, il quale è impubere, si differisce la cognizione per la *parte* dello impubere. *Si quidem ille adoleverit, qui se solum dicat, adhuc differtur controversia propter pueritiam ejus qui & se dicit; sed de parte, non de toto, de parte enim utique nec litigatur*. La controversia, che quì si differisce, riguarda un solo, non tutti e due, è per una parte, non per lo tutto; poichè dello stato dell' adulto conviene anche l' impu-

pubere (*). Se per contrario sia fatto adulto chi sostiene il suo stato, ammettendo quello dello

V al-

(*) L'avversario dà una singolare interpretazione alle parole, *sed de parte, non de toto*. Egli vi ravvisa una relazione all'articolo della successione, *che in uno de' due casi si contendeva per lo intero asse, e nell' altro per la parte*, (*Ragionamento intorno alla filiazione ed al Carboniano*. Pag.31.). Ma dove mai in quella legge si fa motto di beni e di successione? Il contesto fa chiaro ad evidenza, che ivi si appella lite *de toto* la controversia, che metteva in pericolo lo stato de' due contendenti; e lite *de parte* quella, che impugnava lo stato di un solo de' due. Del resto neppure nel senso dello avversario posson giovare quelle parole all' assunto suo. Egli vorrebbe dimostrare, che il succedere o il non succedere formi stato; e che le controversie su questo punto sieno quistioni di stato, e portino la dilazione *Carboniana*; come appresso vedremo meglio e confuteremo. Ma quale argomento trarne dal soprascritto testo di Ulpiano, dove già si contiene una vera quistione di stato, ch' è quel-

la

altro, ed impubere sia, chi tranquillo possessore dello stato suo, contrasti lo stato del pubere; la controversia non si differisce, perchè quì l'impubere fa, non soffre la guerra; mette altrui nel bisogno del soccorso, ma egli non ne ha mestieri. *Si ille adoleverit, QUI ET SE dicit, ille impubes sit, qui se solum dicit, non differtur controversia; NEC ENIM PATITUR IMPUBES STATUS CONTROVERSIAM, SED FACIT*. Questa è propriamente la ipotesi, che corrisponde alla presente causa.

§. CXV. Applicazione. La dilazione in questa causa può competere a' soli naturali.

Secondo dunque la distinzione della legge, se fossero adulti i due primi figliuoli, della cui legittimazione si tratta, niun luogo potrebbe avere il *Carboniano*. Essi non niegano la legittimità della sorella, ma dicon solo, che l'abbiano anch' essi ottenuta dal matrimonio seguito al lor nascimento: essi sono, che soffrono la contro–

la della filiazione; ed a cui sempre si dee riferire la dilazione, o considerata per sola la quistion dello stato, secondo il diritto imperiale, o perchè mista colla quistione de' beni, secondo il pretorio?

troversia dello stato, non già la fanno. E poichè sono essi ancora impuberi, a loro competer potrebbe il benefizio della dilazione, non mai alla sorella; ma qualora la lor causa fosse in pericolo, trattandosi di presente; poichè nel caso opposto non vuol essere differita; e questa deliberazione la legge la commette e la raccomanda al magistrato principalmente. *Hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem, an potius differri in tempus pubertatis; et maxime inquirere hoc a cognatis, matre, tutoribusque pupilli debet... Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periditentur, antequam se tueri possint... Non debet adversus pupillos observari quod pro ipsis excogitatum est* (1).

§. CXVI. Non alla figliuola legittima. In che veramente consista la sua causa.

Dunque alla figliuola legittima non tocca dilazione in virtù dell' editto, perchè questa si dà solamente *agl' impuberi, che sofferano controversia di stato e di beni insieme*. Non le tocca per la estensione fattane dalle costituzioni, perchè neppure soffre ella quistione di semplice sta-

(1) L. III, §. 5, *eod.*

tò. Ma se saranno legittimati (si oppone) i due primi figliuoli, essendo maschio un di costoro, la fanciulla legittima cambierà con una dote di *paraggio* la speranza della intera successione. Rispondiamo, che il benefizio *Carboniano* non si distende a questo pericolo. Per giugnervi bisognerebbe, che avesse fatti due altri passi; 1. dalla quistione del solo stato a quella de' soli beni e della sola successione; 2. dalla successione presente e già deferita alla speranza di una successione futura. Non trattasi infatti oggi neppur di beni per la fanciulla legittima; e può ben ella esser perdente in questo giudizio, senza perdere la intera successione, o senza che la prima perdita influisca nella seconda. Può il maschio da legittimarsi morir prima del padre e di lei, o esser diredato dal padre; posson nascere al padre altri maschi legittimi; puote ella non sopravvivere al padre. A buon conto la presente controversia può per accidente influire nella speranza d'una successione futura, e alquanto limitarla; ma nulla decide di tal successione. Or se la semplice controversia d'una successione presente non ha meritata la estensione del *Carboniano*; è strano il ricorrervi per controversia, che as-

assoggetti appena ad un remoto pericolo una futura successione.

§. CXVII. Assunti contrarj. Manifesta falsità e inutilità del primo, cioè che il benefizio si stenda anche alle cause di soli beni.

A trarsi fuori dell' impaccio di questa teoria, s'è avvisato l' avversario di assumere due articoli tutti nuovi: il primo, che gl' impuberi godano la dilazione anche nelle controversie de' soli beni: il secondo, che la sua cliente soffera quistione di *suità*, la quale è di stato.

Il primo assunto urta manifestamente col comun senso del foro. Niuna causa vedremmo far degl' impuberi, e il differirle alla pubertà sarebbe in balía de' loro tutori. In oltre dov' è ora cotesta controversia di beni? Ma in grazia della novità del pensiere, veggiamo, che cosa l'avversario adduca in sostegno di esso, tuttochè falso e inapplicabile manifestamente. Egli allega un luogo di GIOVANNI VOET, ed un testo di PAOLO, i quali nulla meno pruovano, che la sua proposizione.

§. CXVIII. Come si abusi della autorità del VOET.

In luogo del VOET è dall'avversario recato così: *Et si non simul de statu et hereditate, sed vel tantum de hereditate, vel tantum de statu quaestio moveatur, ex edicto quidem praetorio, sine dila-*

latione quaestio ventilanda aut terminanda fuit. = *Sed ex constitutionibus etiam tunc in tempus pubertatis controversia rejici solita* (1). Ma donde l' oppositore s' ha tolta questa lezione del testo del VOET? se non forse da una simile edizione a quella, donde per altro bisogno prese un luogo smozzicato del CUJACIO (2)? Il VOET scrive nel secondo membro: *Sed ex constitutionibus etiam tunc in tempus pubertatis controversia* STATUS *rejici solita*. L. *Carbonianum*, III, §. *Quamvis*, 2, *junct.* L. *De bonis*, VI, §. *Ita demum*, 3, *D. h. t.* (3). Non ha mai dunque sognata GIOVANNI VOET la eresia, che se gl' imputa. L' editto porta, che trattandosi disgiuntamente o di stato o di eredità, la causa si spedisca senza dilazione (poichè quello concede la dilazione nelle sole cause di *stato insieme e di eredità*). Questo dice il VOET nel primo membro. Nel secondo soggiugne: Ma per le costituzioni anche la causa del solo stato si suol

(1) *Ragionamento intorno della filiazione &c.* Pag. 25.

(2) §. LXXIII di questa memoria.

(3) *Ad Dig. Lib.* XXXVII, *tit.* X, *n.* 2. *Hagae Comitum*, 1716. *Neap.* 1780.

suol differire alla pubertà. Egli dunque insegna appunto quel, che pocanzi spiegammo (1).

Finalmente quell' autore non si riporta, se non a due testi, che cita. Or veggasi, se in essi si muova il menomo dubbio su questo punto: *Quamvis scripto heredi non promitti bonorum possessionem ex edicto Carboniano certum sit, tamen quaestionem status in tempus pubertatis differri procul dubio est. Ergo siquidem de parentis bonis simul & de statu controversia fiat, hoc edictum locum habebit. Sin vero tantum status, differetur quaestio in tempus pubertatis, sed non ex Carboniano, sed & constitutionibus* (2). Così l' un testo. Ecco l' altro: *Ita demum autem huic edicto locus est, si status et hereditatis controversia sit. Nam si tantum status. . . judicium statim explicandum erit* (3). Potrebbesi desiderare chiarezza maggiore?

§. CXIX. Spiegazione d'una legge, che ci si oppone.

La legge, a cui l' avversario ricorre, per provare quello, che coll'autorità del Voet certamente non pruova, è la seguente. *De bonis mater-*

(1) §§. CXII e CXIII.
(2) *L.* III, §. 2, *D. De Carb. ed.*
(3) *L.* VI, §. 3, *cod.*

ternis, an decretum interponendum sit, quaeritur. Paolo risponde di no, perchè il possesso pretorio, che con decreto, preceduto da cognizion di causa, si dava in virtù dell'editto, si promette nel medesimo editto de' soli beni paterni. Conviene nondimeno concedere, soggiugne il giureconsulto, la dilazione dell'affare fino alla pubertà. *Et decretum quidem non est interponendum. Dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium* (1). *Plane* (seguita il testo) *si simul de paternis et de maternis bonis controversia sit, vel etiam de fratris, et has controversias in tempus pubertatis differendas esse, JULIANUS respondit* (2). Vedete, si dice, che questa legge non parla di stato, ed ammette pur tutta volta la dilazione. Ma l'oppositore dissimula ciò, che in forma di spiegazione poco appresso aggiugne lo stesso Paolo. Dopo aver detto nel §. 2, immediatamente seguente, che l'editto abbia luogo, ancorchè vengano i figliuoli alla successione pretoria intestata (3); passa ad imporre una con-

(1) *L.* VI, *eod.* (2) *Dict. L.* §. 1.

(3) *Huic autem edicto locus est, etiamsi ab inte-*

condizione alla dottrina di sopra: *Ita demum autem huic edicto locus est, si status et hereditatis controversia sit, nam si tantum status . . . . judicium statim explicandum est* (1). Dunque lo stesso Paolo, interpretando l'editto, interpreta se stesso.

Nè intendono diversamente il detto di Paolo i barbari del pari, che i colti interpreti, cioè che egli supponga unita alla quistion de' beni la quistion dello stato. Bastin per tutti i capi delle due scuole, l'Accursio e 'l Cujacio. Il primo sotto le parole, *De bonis*, nota così: *ET STATU SUI SIMUL, scilicet an sit defunctae filius. Et quod dicit, MATRIS, idem si de bonis cujuscumque sui agnati vel cognati conveniretur, DUMMODO STATUS FIERET QUÆSTIO*. E alla parola, *Negotium: Idest quaestionem status, quia dicitur non filius defunctae, et de bonis per consequentiam. Nam si DE BONIS TANTUM fieret quaestio, non differretur*. Quì l'Accursio spiega ancora, in che possa con-

testato ad bonorum possessionem veniant liberi, tametsi e inferioribus partibus petant, qua legitimi vocantur, quoniam sui sint; vel ex illa, qua cognatis datur. §. 2.

(1) §. 3.

consistere la quistion di stato del figliuolo per rispetto alla madre, cioè nella filiazione; poichè l'essere o il non essere in potestà non ha luogo verso la madre. Il Cujacio dopo aver detto, che l'editto *Carboniano* dava la dilazion nel solo caso, che lo stato e la successione riguardassero il padre, siegue: *Nam si de maternis aut de fraternis bonis, aut de bonis liberti patroni, impuberibus controversia fiat, SIMUL ATQUE DE STATU CAPITIS FAMILIÆ, neque bonorum possessio Carboniana competit, neque ex edicto Carboniano negotium differtur in tempus pubertatis; sed ex constitutionibus principum, sine possessione QUÆSTIO STATUS differtur ad tempus pubertatis. Et hoc supplendum est ad initium hujus legis* VI, *dum ait, de bonis maternis* &c. (1).

§. CXX. Leggi, che decidono inevitabilmente la quistione.

Finalmente abbiamo in caso più forte, cioè per riguardo al padre, due altri testi di Ulpiano e di Giuliano, che decidono espressamente, la dilazione non aver luogo in favor dello impubere, ove si tratti di sola successione. Tizio istitui–

(1) *In Lib.* XLI *Pauli ad edictum*, *L.* VI, *De Carbon. edicto*.

tuisce erede un figliuolo in picciolissima parte (questo è il caso di ULPIANO), ma senza chiamarlo figliuolo . *Si quis filium suum heredem instituerit ex minima parte sic , Ille , qui ex illa natus est , non quasi filium suum . . . .* Il figliuolo così istituito pretende, che la eredità tocchi tutta a se , per essere egli figliuolo del defunto , ma non istituito come figliuolo . *Deinde hic contendat , patrem intestatum decessisse , seque ei suum heredem esse* . In questa causa (dice il GCto) bisogna vedere, a che cosa si riduca la controversia, se allo stato o a' beni . I coeredi scritti nel testamento possono opporre due cose ; negare, che l' avversario sia figliuolo del defunto, e la controversia sarebbe di stato ; assumere , che essendo figliuolo , o non essendolo , il testamento debba valere, e l'attor contentarsi del poco a lui lasciato , nel qual caso la controversia sarebbe di soli beni . *Interest, coheredes ejus utrum negent eum filium , an vero contendant , testamentum valere* . Se si restringono a questo secondo punto , cioè *si testamentum valere contendant ; controversia non est differenda , et Carbonianum cessat* . Il contrario è da praticarsi , *si filium eum negent* .

L' altro testo è di GIULIANO , ed è più sempli-

plice. La causa della diredazione, egli dice, non porta il differimento alla pubertà. *Quum vero proponitur exheredatus esse, non est necessarium, controversiam in tempus pubertatis differri; quia non de ipsius. filii, sed de testamenti jure quaeritur* (1). Notisi, che in entrambe le recate leggi non si tratta di beni di poca importanza, ma o di tutto il retaggio paterno, o della sua massima parte. Bisogna dir dunque, che sia delle cose più certe in diritto, o si stia all'editto del Pretor *Carbone*, o alle costituzioni, che lo hanno esteso, dilazione non darsi agl' impuberi per controversie di soli beni e di sola successione, non che per causa, che limiti soltanto la speranza d' una successione futura.

§. CXXI. Altro assunto contrario, che la causa presente sia di stato per la figliuola legittima. Quali sieno le cause di stato.

Ma la figliuola legittima corre pericolo del suo stato. Se il maschio naturale consegua l'onor de' natali, la qualità di erede del padre dall'una passerà all' altro, escludendo lo statuto le femmine in concorso de' maschi; e così perderà ella la qualità di *suo erede*, che forma stato (2). Que-

(1) *L.* VII, §. 2, *eod.*

(2) *Ragionamento intorno alla filiazione* &c. *Pag.* 27.

Questo è l'ultimo paradosso, che dobbiam confutare.

Bisogna premettere, che le vere controversie di stato son tre, poichè tre sono gli stati, secondo la legge; di *libertà*, di *cittadinanza*, e di *famiglia*. *Tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam* (1). Onde tre sono le *diminuzioni di capo*, ossia i cambiamenti di stato. *Capitis minutio est status permutatio* (2). La *massima* importa la perdita dello stato minimo, ossia della libertà; perchè la incapacità del meno porta seco anche quella del più; appunto come se il saper leggere è il grado infimo della letteratura, il non saperlo è il massimo della ignoranza. La *minima* importa la perdita de' rapporti di famiglia, ossia dello stato massimo; ma lascia salvi gli altri rapporti. La *media* toglie la cittadinanza, e con essa lo stato di famiglia, ma non tocca la libertà. Lo stato di cittadinanza, ch' è il medio, è materia più del diritto pubblico, che del privato; siccome quello di libertà e di famiglia è di più uso nel priva-

(1) *L. XI, D. De capite minutis.*
(2) *L. I, eod.*

vato. Perciò ne' tre consecutivi titoli delle *Pandette*, *De statu hominum; De his, qui sui et alieni juris sunt; De adoptionibus et emancipationibus, et aliis modis, quibus potestas solvitur*, che tutti trattan di stato, non si parla della cittadinanza, la quale come articolo di diritto pubblico è aliena dalla materia del primo libro de' *Digesti*, dove que' titoli sono. La libertà non fa oggi generalmente più stato negli uomini europei, da'quali la servitù è sbandita. Resta quindi lo stato di famiglia, e intorno ad esso versa la nostra quistione.

La principal controversia in ordine allo stato di famiglia si è, se l'uomo sia di suo o di alieno diritto, cioè a dire, se padre di famiglia o soggetto all' altrui potestà, e di chi. E perchè un de' modi di acquistare la patria potestà è il generar de' figliuoli per mezzo di giuste nozze, o il legittimare i generati fuor di matrimonio; sono anche quistioni di stato, se il tale sia figliuolo veramente del tale, e se sia nato o fatto legittimo ecc.

§. CXXII. Che importi la qualità di *suo erede*.

Premesse queste cose, veggiamo chi si dicano *suoi eredi*. La definizione comune si è: *Sui*

Sui heredes sunt liberi defuncti, qui, quo tempore is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Il VINNIO, che discute molto sottilmente, come suole, questa materia, considerando, che il tempo, in cui si deferisce la eredità, non sempre concorre con quel della morte; e che non di rado chi non è *suo erede* al tempo della morte, il diventa appresso; per dare una definizione più piena, propone questa altra: *Suus heres est, qui in potestate morientis fuit, et tempore delatae hereditatis in familia proximus est* (1). È chiaro, che la nozione contenuta nella prima o nella seconda, poco diversa, definizione, è molto complessa. Ella abbraccia più idee; 1. di *figlio;* 2. di *luogo prossimo* al padre, com'è il tenuto da figlio di primo grado, o da nipote, non preceduto dal padre ecc. 3. di *patria potestà*, a cui sia il figlio soggetto; 4. di *tempo*, in cui la *suità* si dee verificare, ch'è quel della morte, o della deferita eredità; 5. finalmente di *erede*.

Per

(1) *Ad* §. II, *Inst. De heredum qualitate et differentia. N.* 1.

§. CXXIII.
La quistione di suità non nasce, che alla morte del padre di famiglia.

Per dimostrare, come al presente con si tratta di suità, basterebbe osservare nel nostro caso, che per comun ventura de' figliuoli tra lor contendenti è ancor lontano quel tempo, che dee concorrere a costituire la suità, essendo vivente il padre. Qualunque sia per esser lo evento della causa di oggidì, può ben succedere, che di quì a moltissimi anni, allorchè si deferirà la eredità paterna, la qualità di *suo erede* competa o non competa alla figliuola oggidì sola legittima, ma per altra cagione, che per la legittimazione del fratel suo. Il che dimostra, che non si tratta ora la causa della *suità;* siccome la stessa osservazione servì pocanzi a dimostrare, che neppure di successione e di beni si tratti oggi (1).

§. CXXIV.
La quistione di suità è causa di stato o no, secondo uno de' due rapporti, che ha.

Ma trasportiamoci idealmente al tempo avvenire colla controversia odierna, per vedere, se cangi ella natura, unendosi ad una controversia di suità. La suità, come appare dalla sua analisi, ha due relazioni, alla *patria potestà*, ed alla *successione;* relazioni, che dopo Giustiniano soprattutto, sussistono indipendentemente l' una dall' altra, poichè il figliuol diredato non succede,

(1) §. CXVI di questa memoria.

de, tuttochè sottoposto nel primo grado alla patria potestà, e l' emancipato succede al pari de' ritenuti in potestà. Le qualità di *figlio* e di *soggetto* al padre hanno evidentemente rapporto al potere paterno. La qualità di *erede*, e la *prossimità* del grado, che si dee verificare in lui, al *tempo* della deferita eredità, hanno rapporto alla successione ne' beni. Or la causa di suità è causa di stato, in quanto si riferisce alla patria potestà; ma di beni, in quanto si riferisce alla successione. In fatti si è di sopra veduto, che la causa della diredazione, la quale è certamente di successione, non è ella di stato, ma sì di beni, come la qualificano espressissime leggi (1).

§. CXXV. Le leggi allegate dall' avversario decidono contra lui. Ulpiano.

Lo stesso confermano Ulpiano, Africano, Giuliano in più luoghi citati a suo pro dall'avversario (2). Aveva Tizio emancipato un figliuolo, ritenendo in potestà un nipote, figliuol del figliuolo. Alla morte di lui nacque contesa fra 'l padre e 'l figliuolo, se costui fosse stato ritenuto

(1) §. CXX di questa memoria.

(2) *Ragionamento intorno alla filiazione*, ecc. Pag. 27 e 28.

to dall' avolo in potestà. Il figliuolo lo affermava, per succedere all' avolo insieme col padre, in virtù dell' editto, *De conjungendis cum emancipato liberis*; editto, che conciliando il jus civile col pretorio, aveva ammesso a succedere in una parte all' avolo il figliuolo emancipato, e i nipoti figliuoli di costui, ritenuti in potestà, in un' altra eguale (1). Il padre, per non dividere la eredità col figliuolo, il negava (2). Questo è il caso di Ulpiano, il quale opinò, doversi concedere la dilazione al figliuolo. Ma chi non vede, che ivi si trattava dello stato del figliuolo, poichè il padre diceva, *eum non esse in potestate*, come scrive il Cujacio (1)? E non ha l' avversario avvertito, che ivi stesso il medesimo Ulpiano niega la dilazione al figliuolo diredato, contrapponendolo al figliuolo, che il testatore abbia negato esser suo. *Item dabitur* (siegue il Cujacio sulla citata legge, parlando della dilazione *Carboniana*), *si defunctus negaverit, suum esse*

(1) *Tit. D. De conjung. cum emancip. liberis. Vid.* Cujac. *ibi*, *ad L.* I.

(2) *L.* I, §. 4, D. *De Carb. ed.*

(3) *Ibi*.

se : aliud est , si pater in suo testamento exheredaverit nominatim , nam exheredatus repellitur &c. Perchè tanta diversità tra questi due casi, mentre nell' uno e nell' altro l' impubere è in egual pericolo di perder la successione? Appunto perchè nell'uno la causa versa intorno allo stato, e soltanto per conseguenza ridonda sopra la successione; nell' altro, intorno alla sola successione.

§. CXVI. AFRICANO.

Il caso, anzi due casi di AFRICANO sono anche chiarissimi. Primo caso. Muore un cittadino. Il padre pretende, ch' egli sia morto sottoposto alla sua potestà. Un figliuolo impubere del morto sostiene, ch'egli n' era già uscito, e che i beni spettino a se. Il giureconsulto ammette il *Carboniano*. La quistione è manifestamente tutta intorno allo stato di famiglia. Secondo caso. Muore un emancipato, lasciando similmente padre e figlio impubere. Il figlio dice di essergli *suo* (*Se ei SUUM esse dicit*). L' avolo risponde: Voi siete stato concepito prima della emancipazione di vostro padre; siete quindi sotto la mia potestà (*Contendo . . . in mea potestate esse*). I beni dunque di mio figlio spettano a me. Il giureconsulto risponde, aver luogo il decreto a tenor dello

editto. Ne dà egli stesso la ragione: *De statu ejus quaeritur, in potestate patris fuerit, nec ne* (1). Or non è patentissimo, che la suità fa in questa legge quistione di stato in ordine alla patria potestà?

§. CXXVII. Giuliano. Conchiusione della teoria.

Giuliano finalmente nel caso, che ad un figliuolo adottivo si contrastava la legalità della sua adozione, per non farlo succedere al padre di adozione; e nel caso, che si contrastava la succession del padre naturale ad altro figlio, poichè passato per adozione in famiglia aliena; trova luogo al *Carboniano*. Ma non trattasi forse in questi casi di stato di famiglia? Non lo dice lo stesso *Giuliano*, dando per ragione della sua risposta: *Quia & hoc casu quaeritur, an* JURE FILII, *hereditatem obtinere possit* (2)? Non dice il medesimo poco stante, che ove si trattasse di diredazione, *non esset necessarium controversiam in statum pubertatis differri, quia non de ipsius filii .... jure quaeritur* (3)? Dove la eredità si pretenda *jure filii*, e dipenda tutta dal dubbio di tal

(1) *L.* VIII, *D. De Carb. ed.*
(2) *L.* VII, §. 1, *D. De Carb. ed.*
(3) *L.* VII, §. 2, *eod.*

tal qualità, la dilazione si concede. Dove la eredità dipenda da altri principj, come quando la chiegga il diredato, di cui non si dubita, che sia figlio; la dilazione non tocca.

È cosa dunque evidentissima, che tutti questi testi allegati dall'avversario insegnano di proposito la dottrina, che egli impugna. Concedesi in essi il benefizio alle cause di successione, unicamente in quanto discendono da controversie di stato; e la quistione di suità si ha per controversia di stato, soltanto dove essa abbia rapporto all'articolo della patria potestà. Ma laddove abbia rapporto alla sola successione, è mera controversia di beni, alla quale non si stendono nè l'editto, nè le costituzioni.

§. CXXVIII. Applicazione al diritto delle femmine in regno.

Distinte a questo modo le parti della qualità di suo erede, è oziosa cosa il cercare, come fa l'avversario, se le femmine nel regno ritengan la suità in concorso de'maschi (1). La suità, come si è detto, esprime due cose, il diritto del padre sopra il figliuolo, e la speranza

za

(1) *Ragionamento intorno alla filiazione ecc.* Pag. 36.

za del figliuolo sopra i beni del padre; cose riconosciute per distinte e indipendenti l'una dalla altra dallo stesso avversario (1). La prima costituisce *stato*, la seconda è tutta in ordine a' *beni*. Or la prima non varia certamente nelle femmine per essere elle escluse dalla successione. Non sono elleno perciò men figliuole, o men soggette alla patria potestà, finchè il padre viva. E in morte, il padre destina loro de' tutori, e sostituisce loro pupillarmente; che sono effetti della medesima potestà. Anzi neppur la successione si può dire, che perdano nel concorso de'maschi; perciocchè tocca loro il *paraggio*, che sta in luogo e fa le veci della legittima; e nella quantità o l'agguaglia o la sorpassa, e di rado le resta di sotto (2). Ora il *suo erede* non più, che la legittima può pretendere dal padre; e tutta la suità per la parte della successione si risolve in questo diritto solo. Parlando dunque a rigore, le fem-

(1) Ivi, pag. 35 in fine e 36.

(2) *Galeota*, *Controv.* XV *et* XVI, *lib.* II; *Rosa*, *Consult.* VI; *Isern. Afflict. ad Constit. In aliquibus*; *Napodan. ad Consuetud. Si moriatur*.

femmine tra noi, se si riguarda alla sostanza della cosa, non son da meno de' maschi.

§. CXXIX. Argomento, che l'avversario prende dal diredato, si ritorce contra di lui, secondo la dottrina del Vinnio.

L'avversario, a cui non soffre l'animo di lasciar questo articolo (tanto gli pesa la prossimità della decisione!), ci mena all'esempio de' figliuoli diredati dal padre, a cui mette in paragone le femmine del regno, escluse da' fratelli maschi (1). Esempio inesatto, ma di cui non potea scegliere il migliore al mio uopo, perchè si è dianzi veduto, che a' diredati non tocca dilazione, e che la causa della diredazione non è affatto causa di stato. Ricorda egli la gran controversia, se la diredazione estingua la suità. Riferisce una media opinione del Vinnio, che finchè il padre viva, e duri la possibilità, ch'ei muti il testamento, la diredazione non impedisce, che il diredato sia annoverato tra' *suoi eredi*; e così anche dopo la morte di quello, finchè possa egli sperare la intestata successione, o per rescissione o per deserzione del testamento: ma seguita l'adizione della eredità per testamento, colla speranza di essere *erede* svanisce anche la qua-

(1) Ivi, pag. 32.

qualità di *suo erede* (1). Questa dottrina del VINNIO conferma appuntino quel, che fu detto di sopra, prima di dimostrare, come la suità non riguarda soltanto lo stato; cioè che basti pienamente a rimuovere ogni idea di quistion di suità il considerare, come non è oggi il tempo della successione, e dar si possono molti accidenti, onde al tempo opportuno la figliuola legittima diventi erede. Ed io non intendo, come creda l'oppositore favorevole a se la recata dottrina, dicendo di trovare, secondochè egli si esprime, nel nascere delle femmine, dovunque la legge le escluda nel concorso de' maschi, quella certezza della mancata successione (2), che dal VINNIO non si trova nel diredato prima della adizione testamentaria della paterna eredità. Può la femmina restar sola, ed allora per necessità di diritto, succede collo espresso titolo di *suo erede*, come ogni maschio; o per testamento, dove in tal caso non può essere preterita; o prendendo intera la intestata successione; l' evento delle quali cose dipende tutto dallo stato della famiglia al

(1) *Ad* §. IV, *Inst. De pupillari substitutione*. *N*.4.
(2) Ivi, pag. 34.

al tempo della morte del padre. Oltrechè anche in concorso de' maschi, come si è pocanzi accennato, la legge assicura alle femmine il paraggio, che equivale alla legittima, e le mette al pari de' legittimarj, i quali son suoi eredi.

§. CXXX. E similmente secondo una diversa sentenza, da lui creduta più vera.

Per chi dunque è la dottrina del Vinnio; per l' avversario o per noi? Ma egli stesso, quasi pentito di esservi ricorso, vi trova appresso delle difficoltà (1); e le sostituisce un'altra escogitazione, la quale se è più vera, com' ei pretende, è anche più chiaramente favorevole all'assunto da lui combattuto. La suità (dic' egli) non è un effetto del potere paterno, ma una vicendevole obbligazione. Quel rapporto, che si contrae col nascere tra padre e figliuolo, è il principio di due cose distinte, della patria potestà, che spetta al padre sopra il figliuolo, e del diritto di succedere, che in contraccambio tocca al figliuolo sopra i beni del padre. Questi due diritti, benchè abbiano un fonte comune, stanno tuttavia l' uno indipendentemente dallo altro. Quindi il figliuol diredato perde il dirit-

Z

(1) Pag. 35.

ritto alla successione; ma resta nondimeno sottoposto al potere del padre, ed agli effetti di quel potere, dopo la morte di quello; come sono la destinazione del tutore dal padre fattagli, la sostituzion pupillare, e la esclusione del figliuol suo dal retaggio avito. Allo stesso modo le femmine presso noi: non sono elleno eredi del padre, ma soggiacciono in tutto alla patria potestà ed agli effetti di quel potere. Così in somma l'oppositore; nè meglio per lo mio assunto avrei potuto dirlo io. Questa teoria conferma pienamente la distinzione della causa dello stato dalla causa de' beni. La causa dello stato risulta dal dubbio, a cui possa soggiacere la patria potestà cogli effetti suoi; la causa per opposto della successione è di puri beni. Per questa medesima distinzione abbiam veduto, che le leggi non hanno per causa di stato quella della diredazione, nè concedon dilazione *Carboniana* al diredato (1); quel diredato appunto, a cui l'avversario fa simile, benchè inesattamente ed immaturamente, la femmina esclusa dallo statuto in concorso del maschio. Gliela fa immaturamente,

(1) §. CXX di questa mem.

te, perchè non aspetta il tempo della successione; gliela fa inesattamente, perchè il diredato è privato della legittima, laddove lo statuto conserva alla femmina la legittima sotto il nome di paraggio.

§. CXXXI. Equivoci, con cui l'oppositore confonde la quistione.

L'avversario non per tanto intorbida la chiarezza di quella distinzione con un equivoco, che a bella posta dissemina (1). Egli chiama *suità* il solo diritto di succedere, e il contrappone alla patria potestà; e come la suità per uno de' suoi rapporti forma stato, ch'è il rapporto alla patria potestà, egli qualifica di *stato* di diritto di succedere. Da tutto ciò, che s'è allegato ed osservato, la nozione di quella parola abbraccia così il diritto del padre sopra il figliuolo, ch'è il potere paterno, come il diritto del figliuolo di succedere al padre ne' beni, colle obbligazioni vicendevolmente corrispondenti a quei diritti. In fatti l'emancipato, quantunque per diritto pretorio, e poi per *Giustinianeo*, succeda al pari de' ritenuti in potestà, non è *suo eredè* (*); siccome all'opposto non

Z 2

(1) Pag. 37 e 38.

(*) *Emancipatos liberos jure civili neque heredes in-*

non lo è il diredato, quantunque soggetto alla patria potestà ed agli effetti di quella. Il solo diritto di succedere dunque non costituisce suità, siccome non la costituisce la sola suggezione al paterno potere; e quella parola è nome dello aggregato intero di più idee, non già di parte di loro.

Sul detto equivoco appunto è fondato questo sofisma dell'oppositore, che influendo nello *stato dell'uomo, per quel, che riguarda la speranza di succedere*, più la *suità*, che l'impero paterno; basti il pericolo della *suità* a formar causa di *stato* (1). La speranza del succedere non forma stato; e neppure la suità in ordine a tal diritto. Si tolga l'equivoco delle parole, e dicasi piuttosto, che si dirà bene: *Influendo nella speranza del*

instituere, neque exheredare necesse est; QUIA NON SUNT SUI HEREDES. *Sed praetor omnes . . . si heredes non instituantur, exheredari jubet.* §. III, *Inst. De exhered. liberor. Nostra vero constitutio . . . . introduxit, ut omnes,* SIVE SUI SINT, SIVE EMANCIPATI, *vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur.* §. V, *eod.*

(1) Pag. 38.

del succedere quella parte di suità, che riguarda la successione, non l'altra della patria potestà, la qual sola forma stato; la causa della successione non è causa di stato.

§. CXXXII. Altre obbiezioni e risposte.

Ma perchè il pericolo, egli seguita, della successione non merita il favor del *Carboniano*, quando ordinariamente le cause di stato son gravi per quel pericolo (1)? Se il *Carboniano* si annovera fra le cose degne di favore, s'egli è stato disteso anche al ventre pregnante, ed alle cause di quasi stato; perchè non estenderlo ad una causa, i cui effetti sono eguali perfettamente (3)? Le risposte son facili. Le leggi hanno attribuito assai più alle cause di stato, che a quelle di beni, talchè alle semplici di stato han conceduto quel benefizio, che negato hanno alle semplici di successione e di beni. La estensione del benefizio al ventre pregnante è naturalissima, poichè alle quistioni di stato è soggetto egualmente il ventre pregnante, che l' uomo già nato. Le cause di quasi stato dipendono strettamente dal-

(1) Ivi.
(3) Pag. 39-43.

dallo stato vero di famiglia, poichè consistono nel determinare i rapporti di parentela verso i collaterali (1). Per ultimo uno stabilimento non si può mai distendere a ciò, che letteralmente la sua disposizione escluda, come è in questo diritto ogni causa di soli beni e di semplice successione. Nel nostro caso si aggiugne, che la causa neppure è di beni; ma di puro stato per la sola parte contraria a quella, che ricorre al *Carboniano*.

§. CXXXIII. Ha l' avversario abusato del suo ingegno e del suo sapere.

Ed ecco dimostrato, che la dilazion pretesa fino alla pubertà della figliuola legittima, è delle più strane intraprese, che mai si sieno tentate nel foro. Si è fatta lunghissima controversia d' una cosa non controversa. Leggi, dottrine, buon senso legale, tutto è stato stravolto dall' avversario con un abuso d' ingegno, da cui prendo volentieri occasione di ripetere le giustissime lodi, che soglio con tutti gli altri profondere al suo valore. Quel, che non posso lodare per verso alcuno, si è l' abuso da lui fatto del-

(1) *L.* VII, §. 1, D. *De ventre in possess. mittendo*.

delle autorità, a cui ricorre, fino ad alterarle, accomodandone le parole agli assunti suoi.

Ma molto meno, che ciò, potrò io lodare il trascorrere, c' ha egli fatto apertissimamente, i limiti della decenza, offendendo i genitori della sua cliente e de' miei. Che si sia, per servire alla causa, corrotto un passo del CUJACIO, del VOET ecc. è un torto, che non si vede, se non da qualcuno del nostro mestiere, che si prenda la pena di riscontrargli. Ma muove generalmente la indignazione de' verecondi il vedere, che sotto il pretesto dell'interesse d'una figliuola, si assalga di fronte il pudore de' genitori, ponendo in dubbio la vera origine de' lor primi figliuoli (*). E fa fremere tutti i padri l'udir chiamare *rapitore* (1) e *insidiatore* (2) delle sostanze dovu-

§. CXXXIV. Ha passati i limiti della sua moderazione.

(*) *Praetor ait: Parentem vel patronum, liberos, parentesque patroni, in jus sine permissu meo ne quis vocet... Permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non sugillet, qua patronus convenitur vel parentes*. L. IV, §. 1, L. X, §. 12, *D. De in jus vocando*.

(1) *Ragionamento intorno alla legittimazione*. P. 2.

(2) Ivi, pag. 129.

vute alla giusta prole, un padre dovizioso, che libero padrone di tutto il suo, voglia porre per le vie legittime una egualità di fortune ne' figli suoi, che corrisponda alla eguaglianza della loro origine, ed al pari titol, che hanno all'affetto paterno; senza contare, che a quella prole, cui si fa questa guerra, *iniquissima* al dir delle leggi, è debitrice dell' onor suo e forse anche dell' essere l'altra, a cui nome vien loro fatta (*).

§. CXXXV. Ha messo in pericolo il vero interesse della sua pretesa cliente.

Buon però per questa, che la sua età e la tenerezza paterna la fanno immune da quel giusto risentimento, a cui provocherebbe il padre contra di lei la importuna intromession degli estranei. Non mancherebbe per loro, che questi non

(*) *Cum enim affectio prioris sobolis & ad dotalia instrumenta efficienda, & ad posteriorum filiorum edendam progeniem praestiterit occasionem; quomodo non est* iniquissimum, *ipsam stirpem secundae posteritatis priorem quasi injustam excludere? cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt justi filii & nomen & ordinem consecuti*. L. X, *C. De natural. liberis*. *Adde Nov.* LXXXIX, *cap.* VI.

non facesse verso di lei tutto quello, che un padre irritato e libero nel disporre de' beni suoi, può fare a dispetto d'un figlio, che gliene dia cagione. Ma volendo questo magnanimo e buon cavaliere mostrare a tutto il mondo, quanto più vaglia per una figlia un padre dipinto *ingiusto* da' suoi detrattori (1), che il simulato lor zelo, le ha già costituita una fortuna, che cangia in invidia la falsa compassione, che cercavan d'ispirare per lei (*). Nè vale il dire, che restando ella sola legittima, avrebbe un giorno tutto il retaggio paterno; poichè essendo il padre, per l'abolizione de' fedecommessi e de' feudi, divenuto libero disponitore ed arbitro delle sue fa-

(1) *Ragionamento della filiazione*. Pag. 2.

(*) Le sono stati donati dal padre *cento ottantamila* ducati; *sessantamila* per dote di paraggio, e *centoventimila* per donazione semplice, salvo tutto il di più, che può sperare dalla liberalità paterna. Lo stesso si è promesso a tutte le altre figliuole, che appresso nascessero. Tutto ciò porta due condizioni, 1. che i primi figliuoli ottengano la legittimazione, 2. che non nasca al padre altro maschio legittimo.

coltà, può far mille cose, che riducano a nulla la succession de' figliuoli. Il che basta a fare andare in fumo, non dico la pretesa dilazione *Carboniana*, ma tutto il peso delle opposizioni della figliuola. Io finisco col toccar questo articolo importantissimo, ma leggiermente, perchè fastidito della lunghezza, a cui la più lunga scrittura contraria mi ha obbligato.

§. CXXXVI. Congiunti e figliuoli non hanno diritto neppur di essere uditi, quando un padre voglia richiamare a se ed incorporare alla famiglia la prole naturale. Fondamento di questa dottrina nelle leggi.

La condizione de' figliuoli adottivi, per riguardo al padre adottivo, era per diritto antico simile in tutto a quella de' nati da giuste nozze. GIUSTINIANO la cambiò alquanto, e dispose spezialmente, che gli adottati dagli estranei, cioè da' non ascendenti, non avessero diritto ad essere istituiti da' padri adottivi; ma lasciò loro intatto quello della successione intestata (1). Or non ostante, che prima e poi gli adottivi pregiudicassero a' congiunti naturali, tra' quali a' figliuoli; nell' adottare non si udiva affatto niun di costoro. *Cum adoptio fit* (diceva CELSO al tempo, che il diritto degli adottivi era più pieno), *non est necessaria in eam rem auctoritas eorum, in-*

(1) §. II, *Inst. De adoptionibus*.

inter quos jura agnationis consequuntur (1). Vero è, che le adozioni, come introdotte in sollièvo della orbità, non si permettevano di leggieri a chi avesse de' veri figliuoli: ma quando ve ne fosse *giusta causa*, potevasi ottimamente a' naturali aggiugnerne altro adottivo (2). Tra le giuste cause di voler più figliuoli, dicon gl'interpreti, son le molte ricchezze (3). E giustissima sopra tutte è l'aver femmine sole; poichè il fine dell' adozione è il riparare alla cadente agnazione, ed il prolungare la vita d'un nome, che sia per finire; cosa, che per le femmine non si consegue (*). Oltrechè, portando un

(1) *L.* VII, *D. De adoptionibus*.

(2) *L.* XV, §. 3, *junct. L.* XVII, §. 3; *D. Eod.*

(3) *Glossa ad d. L.* XV, §. 3, *lit.* M. BRUNNEMANN. *ibi &c.*

(*) *Apud majores nostros . . . . . ab optimis quibusque in filiorum locum fortissimi viri semper electi sunt, ut vel* SENESCENTES FAMILIAS, *vel foetus matrimoniis jam caducos substituta foecunditas prolis ornaret . . . . Jube igitur, ut lege agatur, sit-que*

un antico adagio, *uno*, *niuno* (*), ha sempre giusta cagion di adozione il padre d'un figlio solo, ancorchè maschio. Finalmente bisogna dire, che da GIUSTINIANO in poi si fosse tal diritto allargato, e rimessasi in tutto al giudizio de' padri adottivi la convenienza delle adozioni. TEOFILO infatti nella parafrasi delle *Istituzioni* scrive, che sebben per ordinario adotti chi non ha prole, *adottano anch' essi senza impedimento color, che ne hanno* (**).

Or se il dovizioso signore, per cui scriviamo, volendo procacciare un sostegno al suo nome per la via dell' adozione, giustissima cosa farebbe, ed a cui la figliuola non potrebbe aprir bocca; si chiederà il consenso di lei, o si permetterà, che altri gridi in suo nome, or che il padre cerca un appoggio alla memoria di se e degli illustri avi suoi

---

que Aurelianus heres sacrorum, NOMINIS, *et bonorum, totiusque juris Ulpio Crinito*. VOPISC. *in Aureliano, cap.* XIV.

(*) Εις, ουδεις.

(**) Και οι εχοντες γαρ ακολυτως ληψονται. *Nam & hi, qui habent, citra impedimentum adoptant. De adoptionibus, in princ.*

suoi in un maschio, che discende da se e da loro, che la natura a questo fine gli ha dato, e che egli è tenuto di render felice? del qual desiderio non può certo immaginarsene altro o più giusto, o più saggio, o più pio.

§. CXXXVII. La detta dottrina è ricevuta nel foro.

Da questi principj, sebben non corredati di tante circostanze, è discesa la dottrina, che quando la legittimazione si domandi dal padre, non bisogni udire alcun de' congiunti, neppure i legittimi figliuoli. E in vero se il padre può innestare al suo tronco un germoglio alieno, non gli debbe esser conteso, che spenda egual cura intorno a tutti i nativi, comunque sorti, per aver da ciascuno quel frutto, che può dargli la sua portata. *Utrum, quando aliquis legitimatur, alii, quorum interest, sunt citandi?* Così domanda Bartolo, ch'è l'antesignano di questa teoria, e risponde: *Quandoque pater facit legitimari filium in vita sua, & tunc alii non sunt citandi, quia hoc principaliter tangit patrem, qui potest disponere de bonis suis, quomodo vult. L. Cum adoptio, V, D. De adoptionibus. Quandoque ipse filius petit legitimam, & tunc si pater hoc disposuisset in testamento, quod voluisset legitimare filium; tunc filius sine alteritas* [illegible] re-

requisito potest illam legitimationem petere. Auth. Item sine, C. de nat. lib. & in corpore, unde sumitur. Quandoque pater nihil pro filio disposuit in testamento; & tunc in praejudicium eorum, quibus jus quaesitum est, non posset legitimari illis irrequisitis, immo principaliter requiritur consensus eorum (1).

Similmente MERCURIALE MERLINO: *Quando patre instante, legitimatio sit, tunc praejudicat omnibus, maxime caeteris liberis, neque necessaria est legitimorum citatio, quia ille in rebus propriis est moderator & arbiter. Ita tradit* SOCINUS . . . *quia si pater potest privare non tantum agnatos, sed etiam filios, dilapidando bona sua, quare multo magis non poterit id facere per actum a jure, vel per principis privilegium sibi permissum* (2)?

E per terminare con un autore del nostro foro, scrive del pari il *Reggente* CAPECE-LATRO: *Quando ad instantiam patris, vel ejus ordine, tam in vita, quam post ejus mortem, fieret legitimatio, cum pater possit de ejus bonis ad libitum disponere,* re-

(1) *Ad L. Gallus* XXIX, §. *Et quid, si tantum. N.* 14.

(2) *De legitima, lib.* I, *tit.* II, *qu.* VIII, *n.* 19.

relicta filiis legitima, in hoc casu sola patris voluntas pro ratione habenda est, ut voluerunt in propriis terminis legitimationis BARTOLUS ... PAULUS DE CASTRO ... *& praedictam opinionem sequuti fuere* ALEXANDER, TRENTACINQUE ... *Rota romana ... & communem dixit* VIVIUS ... (1).

Napoli, MDCCCVII.

Giovanni Jatta.
Gaspare Capone.



(1) *Decis.* DLXVI, *lib.* II, *nn.* 13 & 14.